

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNO MATHIAS MARIOZI

PRECEDENTE JUDICIAL: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E ATUAIS

*CURITIBA
2010*

BRUNO MATHIAS MARIOZI

PRECEDENTE JUDICIAL: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E ATUAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA
2010

**A Mario Eduardo Mariozi e
Walquiria Mathias Mariozi**

RESUMO

Recentemente desponta em todo o sistema do Civil Law a tendência ao reconhecimento de que as decisões judiciais assumem o papel de dados fundamentais na realização de uma ordem jurídica, contribuindo com variada intensidade para a conformação do direito. Em paralelo, sobressaem no sistema nacional inúmeros institutos que impulsionam a aplicação de precedentes judiciais, como forma de manifestação do Direito.

Assim gradativamente tem-se formado um complexo sistema de Direito em que decisões anteriores conferem peso e às vezes determinam o futuro dos novos litígios levados ao judiciário, seja pela forte persuasão, seja pela vinculação, quadro esse em que a noção de precedentes surge como um dado irresistível.

A apreciação teórica desse fenômeno demonstra que o precedente corresponde à decisão prolatada no âmbito judiciário que tem o condão de se impor perante outras causas, e cujo produto corresponde a uma razão que funciona como modelo para a resolução de novos litígios.

Com efeito, o reconhecimento de que os precedentes judiciais atuam com crescente relevância é explicado pela função interpretativa dos segundo a percepção de que os precedentes, enquanto decisões judiciais, atuam com características constitutivas e declaratórias, consubstanciando, pois, instrumentos de determinação do Direito.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 NOÇÕES GERAIS..... | 11 |
| 1.1 PRECEDENTE COMO EVENTO DO PASSADO..... | 11 |
| 1.2 PRECEDENTE COMO MÉTODO..... | 12 |
| 1.3 PRECEDENTE COMO CONCEITO..... | 13 |
| 2 PRECEDENTE JUDICIAL | 15 |
| 2.1 PRECEDENTE COMO DIREITO..... | 15 |
| 2.2 PRECEDENTE COMO DECISÃO JUDICIAL..... | 15 |
| 2.3 PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO JUDICIAL..... | 17 |
| 2.4 REQUISITOS DOS PRECEDENTES..... | 18 |
| 2.4.1 Conteúdo jurídico..... | 18 |
| 2.4.2 Relevância..... | 19 |
| 2.4.3 Antecedência..... | 19 |
| 2.5 ELEMENTOS DO PRECEDENTE..... | 19 |
| 2.5.1 Ratio decidendi..... | 20 |
| 2.5.2 Obiter dictum..... | 22 |
| 2.6 FUNCIONAMENTO DOS PRECEDENTES | 23 |
| 2.6.1 Efeitos..... | 23 |
| 2.6.2 Eficácia..... | 26 |
| 2.7 INSTRUMENTOS DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE..... | 27 |
| 2.7.1 Precedente como efeito vinculante..... | 27 |
| 2.7.2 Precedente como impedimento de recurso..... | 27 |

| | |
|---|-----------|
| 2.7.3 Precedente com instrumento de julgamento do caso..... | 29 |
| 3 DOCTRINA DOS PRECEDENTES..... | 31 |
| 3.1 ARGUMENTOS PARA SEGUIR O PRECEDENTE..... | 32 |
| 3.1.1 Igualdade | 32 |
| 3.1.2 Segurança jurídica | 36 |
| 3.1.3 Eficiência judicial..... | 42 |
| 3.2 OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES..... | 44 |
| 3.2.1 Separação dos Poderes e Legalidade..... | 45 |
| 3.2.2 Estagnação do Direito..... | 49 |
| 3.2.3 Independência dos juízes..... | 51 |
| 4 ASPECTOS TEÓRICOS..... | 53 |
| 4.1 NATUREZA DO PRECEDENTE..... | 53 |
| 4.1.1 Teoria Declaratória..... | 53 |
| 4.1.2 Teoria Constitutiva..... | 54 |
| 4.1.3 Teoria Determinativa..... | 55 |
| 4.2 AUTORIDADE DOS PRECEDENTES..... | 59 |
| 4.2.1 Realismo..... | 59 |
| 4.2.2 Normativismo Positivista..... | 61 |
| 4.2.3 Construtivismo..... | 63 |
| 5 TENDÊNCIAS ATUAIS..... | 65 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 69 |

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente o direito foi instituído para resolver disputas casuais, privilegiando um modelo “individualista-normativista de produção do direito”¹, em que os litígios são tutelados caso a caso, como questões genuinamente singulares, diferentes de quaisquer outras.

Modernamente, todavia, uma crise se instala nesse modelo justamente porque o Direito, em plena sociedade de massa, usualmente trabalha com a perspectiva de litígios e litigantes ocasionais, e não habituais².

Dia a dia inúmeras tutelas judiciais são concedidas por juízes e tribunais em atendimento ao pleito dos jurisdicionados, no tocante a questões de direito, sendo comumente, todavia, impostas diferenciadas respostas a problemas idênticos.

Frequentemente a lei é interpretada de formas diametralmente opostas, resultando, rotineiramente, em questões semelhantes decididas desigualmente. Situação que permite, cotidianamente, que inúmeros casos, categoricamente simétricos, afirmam tutelas jurídicas absolutamente diferentes, “como se estas decisões não fossem vistas ou fossem admitidas por serem inevitáveis”³.

Recentemente, todavia, surgem inúmeros instrumentos jurisdicionais em que despontam os motes da coletivização, da uniformização⁴ e da vinculação⁵.

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, p. 35.

² CAPPELLETTI, Mauro. **Aceso à Justiça**, p.25.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos Precedentes**, p. 09.

⁴ Segundo Mancuso, “É nesse contexto do tratamento judicial isonômico que se coloca a questão da jurisprudência uniformizada (predominante/sumulada) e de sua aptidão para servir como parâmetro, in abstracto, para os casos pendentes e futuros nela subsumidos, objetivo para o qual se apresentam várias propostas e alternativas, com destaque atual para o fomento do caráter vinculante das súmulas”. (Cf. Mancuso, Rodolfo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula vinculante**, p.133.

⁵ Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence se manifestou sobre o efeito vinculante, consignando em seu voto que “a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo no processo de massa, na multiplicidade dos processos que, inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criarem mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação, e, progressivamente, ao maior descrédito da justiça pela sua total

Nesse contexto toma força a utilização das decisões judiciais passadas, precedente judiciais, como medidas de controle e transindividualização das tutelas jurisdicionais, configurando, a um só tempo, método de solução de litígios e manifestação do Direito.

Assim, contemporaneamente os pronunciamentos dos tribunais passaram a receber crescente atenção, aliás, recentemente,

*fortes tendências estão agindo nos sistemas de direito civil no sentido de tratar os precedentes judiciais, se não como absolutamente vinculatórios, pelo menos como contendo opiniões autorizadas que outros tribunais, especialmente os de instância inferiores, se mostram relutantes em ignorar*⁶.

Nesse contexto, a relativa deferência prestada à jurisprudência vem sendo sucedida por formulações cuja aplicação direta e imediata de decisões anteriores contribui, segundo LLOYD à tendência de “que um peso crescente seja atribuído às decisões judiciais como expressões competentes dos princípios jurídicos suscetíveis de serem aplicados em outros casos”.⁷

Com efeito, a utilização de decisões judiciais para determinar a solução de questões futuras aparece em inúmeros institutos que prestam homenagem aos precedentes judiciais, realizando-os com variada intensidade⁸.

Essa situação, entretanto, não chega a espantar. É, na verdade, reflexo de uma tendência mundial em que a jurisdição se manifesta sob a forma de instrumentos transcendentais aos litígios⁹, contrariando a sugestão de que casos semelhantes sejam incapacitados de fomentarem manifestações jurídicas abstratas¹⁰.

incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processo rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator: Min. Moreira Alves. J. em 27.10.1993.

⁶ LLOYD, Dennis. **A idéia da lei**, p.355.

⁷ LLOYD, D. **Idem**, p.349.

⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **O precedente como fonte do direito**, p.250.

⁹ Assim, por exemplo, afirma-se que “o sistema jurídico do civil law vem sofrendo uma grande crise nos seus pressupostos mais profundos, por causa de uma osmose crescente com a área do common law e por causa da sutil erosão de velhas certezas do impulso dos fenômenos esmagadores da globalização jurídica. (Cf. GROSSI. **Primeira Lição sobre o direito**, p. 68).

Essa tendência faz parte de uma recente transfiguração do sistema de tutela jurisdicional do individual para o coletivo, atribuída por DINAMARCO à superação, “daquele rígido esquema lógico de índole estritamente dedutiva, que tendia a reservar ao legislador o trato abstrato dos direito e a confinar o juiz no âmbito dos negócios concretos, específicos e individuais”.¹¹

Com efeito, nos últimos anos erigiu-se um complexo sistema de direito em que decisões anteriores conferem peso e às vezes determinam o futuro dos novos litígios levados ao judiciário, seja pela forte persuasão, seja pela vinculação.

Por isso, o indispensável trato do tema, devendo-se propiciar uma crescente compreensão sistemática dos fenômenos jurídicos¹², reconhecendo-se, com efeito, que os precedentes judiciais com frequência são aplicados de forma muito mais significativa do que se supõem.

¹⁰ Nesse ponto Kelsen já afirmava que a teoria nascida do direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma direito, mas apenas aplicam direito já criado é tão unilateral quanto a teoria nascida no terreno da Common Law anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam direito, a verdade está no meio. (Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 283.)

¹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos Do Processo Civil Moderno**, p. 762.

¹² Nesse sentido, Dinamarco afirma que “A ciência processual civil brasileira, vive em tempos presentes mais do que nunca uma grande necessidade de tomar consciência das realidade circundantes representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para busca de soluções adequadas aos problemas da nossa justiça”. (Cf. DINAMARCO, C. R. **Idem, Ibidem**).

1 NOÇÕES GERAIS

1.1 PRECEDENTE COMO EVENTO DO PASSADO

O precedente é um fato, mais especificamente um “relevante evento do passado que serve como guia para decisões futuras¹³, uma ocorrência pretérita na qual juízos sobre questões resultaram na formulação de critérios aplicáveis as questões futuras.

Em um sentido lasso, o precedente remonta a percepção de que episódios passados informam o intelecto humano com critérios a serem adotados na resolução de questões vindouras, pois, com recurso à experiência, angariamos um amplo campo de padrões que podem ser adotados, adaptados ou refutados para resolver questões habituais ou desconhecidas.

Em um sentido forte, o precedente remonta a compreensão empirista, de que toda a razão humana, pode ser atribuída à própria experiência, auferida em casos passados, porque não há percepção, idéia ou reflexão que não experimentada. De modo que a mente é exatamente o produto da sucessão de ocorrências e juízos passados.

Por este ponto de vista realidade e experiência são coextensivas “não apenas porque estamos confinados a experiência, que como tal se registra na mente, como também estamos reduzidos a admiti-la unicamente quando a experimentamos”¹⁴.

De qualquer modo, o precedente exprime, pois, uma circunstância passada levada em consideração, em decisões futuras. Remonta a idéia de que casos passados trazem, por meio da experiência, critérios que devem ser levados em consideração para a formulação de novas decisões.

Uma noção mais específica de precedente, entretanto, diz respeito a um fato decisório, uma decisão passada, que serve de modelo, guia, para a

¹³ DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**, p. 01.

¹⁴ RUSSELL, Bertrand. **História do Pensamento Ocidental**, p. 357.

solução de problemas futuros. Os precedentes são, nesse sentido, decisões primeiras que funcionam como modelos para juízos posteriores. Escolhas passadas que, por falha ou acerto, habitualmente servem com arquétipos para solução de questões presentes e futuras.

1.2 PRECEDENTE COMO MÉTODO

O Precedente é um fato anterior a outro fato, nesse sentido, é aquilo que antecede e, por isso mesmo, dele naturalmente se infere a idéia de “critério a ser seguido”¹⁵, consubstanciando, pois, o procedimento que serve de critério para posteriores práticas similares, a final “aplicar lições do passado para resolver problemas do presente é uma parte básica da razão prática humana”¹⁶.

Esse entendimento parte da percepção que frequentemente retomamos juízos anteriores, elaborados em decisões resolvidas no passado, com vias à resolução de questões presentes. O precedente é, então, um método do intelecto humano que se utiliza da inteligência crítica, face às questões presentes, para buscar a melhor decisão à luz dos casos prévios.

Sob esse ponto de vista uma decisão passada não é apenas uma decisão anterior, mas um critério necessário para decisões presentes e futuras, sempre albergado ou rejeitado nas escolhas que lhe sucedem, porque cada experiência é uma lição necessária, ainda que não satisfatória, e mesmo quando refutada ou adaptada, a nova decisão justapõe-se aos entendimentos pretéritos, exigindo a necessária reconsideração das razões passadas.

Nesse quadro, o precedente é também um método que se reflete nos diversos domínios humanos, nos quais decisões anteriores servem como intermediárias respostas para a decisão e resolução de casos vindouros.

Por sua simplicidade, é método típico das ações mais singelas, correspondendo a uma prática, aplicada aos estados de técnica, onde todo

¹⁵ CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante**, p. 39.

¹⁶ MACCORMICK, Neil. **Interpreting Precedents**, p.01.

resultado proveitoso é reutilizado, e todo insucesso refutado e fadado ao esquecimento.

Naturalmente, todavia, é alçado aos conhecimentos científicos, o que explica o conjunto de conhecimento pré-constituído, acumulado e aplicado como ponto de partida em oportunidades posteriores

Por isso, o precedente perfaz um método pelo qual o saber sobrepõem-se ao longo das gerações¹⁷, permitindo que estudiosos trabalhem sempre com base nos esforços de seus predecessores.

1.3 PRECEDENTE COMO CONCEITO

Embora seja correto pensar que o precedente é uma realidade simples até mesmo ingênua, é complexo conceitualmente explicar o que é um precedente. Assim, da simplicidade da idéia não se infere a simplicidade do conceito, ao contrário a natureza elementar do precedente dá azo a um ponto de difícil explicação, sobretudo, pela natureza próxima que conceitualmente se apresenta.

O precedente conceitualmente é formado por um juízo descritivo e um juízo prescritivo, o primeiro estabelece uma relação de semelhança entre dois elementos, o segundo estabelece um comando derivado da associação entre os elementos identificados.

O juízo descritivo corresponde, então, à associação que surge quando a mente compara conteúdos. Essa vinculação de idéias nasce pela conexão promovida por relações de semelhança, fundadas na contigüidade no espaço, no tempo, causa e efeitos. Assim o precedente perfaz um juízo de identidade entre fatos, pelo qual a conjunção de dois objetos na percepção mental fornece um hábito que nos leva a associar as duas idéias produzidas pelas impressões, determinando a aplicação de considerações passadas segundo um senso de aproximação deste para com o caso futuro.

O juízo prescritivo, por sua vez nasce da aplicação habitual das considerações passadas, segundo um critério de oportunidade, e se

¹⁷TARANTO. Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**, p. 01.

consubstancia em uma máxima segundo a qual as decisões anteriores devem ser seguidas sempre que questões semelhantes se apresentem.

Assim o juízo prescritivo é justamente o comando segundo o qual as decisões anteriores se impõem sobre as vindouras seguindo a fórmula do brocardo latino “*Stare decisis et non quieta movere*”, pela qual confere-se uma imputabilidade necessária, se bem que afastável, entre o paradigma e seu sucedâneo.

Essa explicação, todavia, faz do precedente uma formulação conceitual mais complexa do que a realidade que pretenda explicar. Porque ante a impossibilidade de utilização de um conceito mais geral e abstrato, e portanto simples, avança com a utilização de conceitos mais restritos (concretos), portanto com mais especificidades, logo, mais complexos, tendendo a acentuar apenas parcelas da realidade, sem todavia fornecer um conceito útil de precedente.

2 PRECEDENTE JUDICIAL

2.1 PRECEDENTE COMO DIREITO

Como facilmente se intui, a cotidiana situação de repetição da experiência não passa despercebida ao Direito, que, da constatação dos juízos e critérios anteriores, pode tomar duas posturas, recusar a utilização de juízos pretéritos como manifestação do direito ou recepcioná-los admitindo-os como contribuições, de variada intensidade, ao Direito.

Evidentemente, neste caso, o Direito não oferece uma posição única, embora o precedente surja irremediavelmente da experiência jurisdicional¹⁸, o Direito, com variada adesão, ora recusa, ora aceita a utilização dos precedentes.

De todo modo, no Direito sempre encontramos uma vasta contribuição das decisões passadas¹⁹, razão porque o *usus* do precedente “constitui método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico, ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam”²⁰

2.2 PRECEDENTE COMO DECISÃO JUDICIAL

O precedente, é sempre uma relevante decisão anterior sobre um caso. No âmbito jurídico isso significa que o precedente é uma decisão judicial²¹, dado que, por desígnio de função, as questões de direito são resolvidas no âmbito da jurisdição.

¹⁸ TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, p.10.

¹⁹ Nesse sentido: “The common Law doctrine is one of reason applied to experience. It assumes that experience will afford the most satisfactory foundation for standards of action and principles of decision. It holds that law is not to be made arbitrarily (...) but it is to e discovered by judicial and juristic experience of the rules and principles witch in past have accomplish justice” (Cf. POUND, Roscoe. **The spirit of the common law**, p.183).

²⁰ TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, p.25.

²¹ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.01.

Em um sentido restrito o precedente se afigura apenas, como manifestações de *case-law*. Isto é, orientações vinculantes obtidas de modo indutivo na resolução de questões em caso, por meio da estrita aplicação da doutrina do *Stare decisis*, típica do Common Law²².

Em sentido amplo, todavia, o precedente se afigura como qualquer decisão que, prolatada no âmbito judiciário, tem o condão de se impor perante outras causas e cujo produto corresponde a uma razão que funcionam como modelos para resolução de novos litígios.

Segundo BLACK a expressão precedente corresponde, então, a um caso sentenciado ou a decisão de um corte considerada com fornecedora de exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido²³.

Assim, de acordo com LEE STRANG o precedente pode ser definido como “um caso decidido em um primeiro momento e seguido por sua analogia em um caso surgido em um momento posterior.”²⁴. Acepção essa em que o precedente judicial é todo caso fornecedor de exemplo ou autoridade para casos similares ou idênticos posteriormente discutidos²⁵

Destarte, sob esta concepção pode-se dizer que o precedente “está presente em todo e qualquer sistema jurídico”²⁶, sob diversas conformações, tanto nos sistemas filiados a tradição do Civil Law, quanto a sistemas filiados a tradição do Common Law.

²² “Our System of case law embodies the doctrine of precedent. An ancient doctrine, with roots as far back as the Year Books, it tells us that case should be decided today the same way were decided the past. Another name for this doctrine is *stare decisis* (from *alonger maxim, stare decisis et non quieta movere*)” (Cf. REYNOLDS, William. **Judicial Process**., p.71)

²³ No original: “an adjudged case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of Law” (Cf. BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law Dictionary**, p. 1776).

²⁴ STRANG, LEE J. An originalist theory of precedent: originalism, nonoriginalism precedent, and the common good. In: New Mexico Law Review. V. 36. P.419-486; Citado por: TARANTO, C. M. G. **Precedente Judicial**, p.06.

²⁵ SOUZA, M. A. D.. **Do precedente á sumula vinculante**, p. 41.

²⁶ SOUZA, M. A. D.. **Idem**, p. 15.

2.3 PRECEDENTE COMO INSTRUMENTO JUDICIAL

Substancialmente o precedente corresponde ao instrumento pelo qual o magistrado ou o tribunal determina uma questão de direito, retomado-o posteriormente na resolução de novos casos.

OS precedentes “em uma visão funcional, consubstanciam o instrumento mediante o qual o magistrado atribui racionalidade a certa decisão quanto á matéria de direito.”²⁷. Perfazendo, pois, “o mecanismo mediante o qual o Poder Judiciário (...) edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores (...)”²⁸, produzindo, então, feitos *interna corporis*.

Assim o estudo dos precedentes significa a análise das atividades de resolução de problemas e decisões de questões em casos. Isto é, as soluções, prolatadas em processos anteriores, que servem como parâmetros para casos futuros, sendo frequentemente utilizados na qualidade de instrumento de exposição nas razões de decidir quanto às questões de direito.²⁹

Nessa esteira, segundo DUXBURY, o precedente carrega a concepção de que “as decisões anteriores devem ser seguidas quando os mesmo pontos surgem novamente em juízo”, tal qual evidenciado pelo aforismo “*Stare decisis et non quieta movere*”, cujo significado corresponde à máxima “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere o que foi estabelecido”³⁰.

Nesse aspecto pode-se dizer que apesar do precedente se fundamentar na experiência, dela se diferencia, no âmbito jurídico, devendo ser considerado como dado autônomo, pois a decisão baseada na experiência se justifica no conteúdo que transmite enquanto a decisão fundada no precedente é considerada pela própria natureza, pelo fato de que a nossa situação atual ter

²⁷ TARANTO, C. M. G. **Obra citada**, p.06.

²⁸ TARANTO, C. M. G. **Obra citada**, p. 255.

²⁹ TARANTO, C. M. G. **Obra citada**, p. 02.

³⁰ ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o Stare Decisis. In: MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.53.

sido abordada anteriormente, porém sem avaliar o precedente pelo que ele nos ensina³¹

Nesse sentido o precedente “possui valor ainda que em torno dele não exista qualquer experiências ou raciocínio aproveitável”³², é o caso , por exemplo, dos precedentes absolutamente vinculantes, que independem da força argumentativa³³.

Sob essa óptica o precedente demonstra a sua força independentemente de seu conteúdo, “vale dizer, atua de forma persuasiva ou obrigatória em virtude da autoridade que está em sua base, a qual, na verdade é indispensável à sua configuração”³⁴. Com efeito, reitera-se o precedente não pela sua lição, mas pelo seu *status*, motivo pelo qual por vezes subsiste a aplicação dos precedentes com os quais não concordamos³⁵

2.4 REQUISITOS DOS PRECEDENTES

O precedente é uma decisão judicial mas nem toda decisão judicial é um precedente. A rigor só faz sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características. Assim somente quando cumpridas certas características, o conteúdo jurídico, a relevância e a antecedência, uma decisão judicial se apresenta como um precedente, idôneo a informar um ordenamento jurídico.

2.4.1 CONTEÚDO JURÍDICO

A saber, a primeira condição para a existência de um precedente diz respeito ao seu conteúdo jurídico. O precedente, sob essa condição, constitui decisão acerca de matéria de direito, não se fixando no tocante aos fatos, circunscrevendo-se às questões de direito, embora, a título de referência,

³¹ DUXBURY, Neil. **Obra Citada**, p.02.

³² SHAUER FREDERI. Precedent. Stanford law Review p. 574; Citado por: Marinoni. L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.104.

³³ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.139.

³⁴ MARINONI, L. G. **Idem**, p.105.

³⁵ DUXBURY, N. **Obra citada**, p.02.

exista uma associação entre precedente e seus sucedâneos no tocante aos elementos fáticos³⁶.

2.4.2 RELEVÂNCIA

A segunda condição é a relevância da decisão pois somente estas se tornam precedentes. Assim estamos diante de um precedente apenas quando se fixa uma decisão na qualidade de paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados³⁷

Comumente cada decisão contribui de alguma forma, com variada intensidade, para o Direito, nem sempre, todavia, o faz de modo relevante. Muito do que foi feito, rapidamente se esvanece na insignificância ou é, por bem, esquecido, não influenciando as decisões futuras³⁸.

Uma questão relevante, todavia, incorpora-se como precedente, constituindo um padrão para a solução de casos nos juízos que fazemos sobre aquilo somos levados a fazer

2.4.3 ANTECEDÊNCIA

Por fim verifica-se que, evidentemente, o precedente corresponde a uma decisão que precede as demais, abordando tema não estratificado na jurisprudência, não constituindo precedente, por exemplo, o caso de decisão que “segue julgado que a consolidou”³⁹. Em suma, é possível dizer que o precedente “é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea deixando-a cristalina”⁴⁰, cujo conteúdo por seus atributos serve à resolução de outras decisões.

2.5 ELEMENTOS DO PRECEDENTE

O precedente, frequentemente é compreendido como a regra abstrata da decisão de um caso que é argüida, ou ainda como o próprio resultado de

³⁶ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.253.

³⁷ MARINONI, L. G. *Idem*, p.215.

³⁸ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p. 01.

³⁹ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.216.

⁴⁰ MARINONI, L. G. *Idem*, **Ibiden**.

uma descrição a cerca de relevante prolação judicial. Nesse sentido, todavia, o precedente se confunde com as normas que dele decorrem, sem que se distinga, a decisão e o arquétipo nela inserto.

Em verdade, as considerações insertas na decisão judicial são o próprio direito, então judicado, diferenciando-se da decisão, esta sim correspondente ao precedente judicial. De modo que, o precedente é o instrumento ou veículo de condução de uma regra aduzida pelos juízes e tribunais, cujo conteúdo é merecedor de respeito.

Nesse quadro, o precedente é o próprio meio idôneo a provocar, a decisão do Poder Judiciário em um dado sentido⁴¹, uma decisão cujo conteúdo é formado por dois elementos: a *ratio decidendi* (ou *holdin*) e o *obiter dictum*⁴².

2.5.1 *RATIO DECIDENDI*

O emprego do termo *ratio*, diz MACCORMICK, embora não seja absolutamente determinado, comumente faz referência às “afirmações de proposição do direito feitas por juízes em seu parecer de justificação em casos registrados”⁴³. A *ratio decidendi*, por sua vez, remete às justificações da decisão, correspondendo, então, à tese central dos precedentes, à “questão nuclear do julgado”⁴⁴, que, como norma expressa ou não, é absolutamente necessária para a conclusão da decisão do caso.

Na tradição da Civil Law, a *ratio decidendi*, é frequentemente mencionada sob o nome de *motivos determinantes*⁴⁵, identidade conceitual que se explica na medida em que “os motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*.”⁴⁶.

⁴¹ TARANTO, C. M. G. *Idem*, p. 06.

⁴² TARANTO, C. M. G. *Idem*, p. 15.

⁴³ MACCORMICK, Neil, **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p.109.

⁴⁴ TARANTO, C. M. G. **Precedente Judicial**, p.12.

⁴⁵ CLARO, Roberto, Del. **Obra citada**. In: MARINONI, L. G. A força dos Precedentes, p.18

⁴⁶ MARINONI, L. G. **Elaboração dos Conceitos de Ratio Decidendi**. In: MARINONI, L. G. A Força do Precedentes. p. 267 .

A *Ratio Decidendi* Correspondem, portanto à regra de direito inserta no precedente e necessária para alcançar a conclusão, do que se retira a sua essencialidade, e via de consequência a sua vinculação, motivo pelo qual a doutrina comumente define que apenas a *ratio decidendi*, possui força obrigatória.

Essa diferenciação é fundamental porque nem todo fundamento tem eficácia transcendente “apenas os motivos que são determinantes para a decisão adquirem esta eficácia”⁴⁷. E só é determinante o fundamento sem o qual não haveria como se atingir o específico resultado, justamente a *ratio decidendi*.

Daí porque, segundo MACCORMICK,

*quando se diz que um precedente tem caráter vinculante, não é cada palavra preferida pelo juiz ou pelos juízes na justificação da decisão que é transubstanciada em lei vinculante – mas somente a fundamentação, a ratio decidendi.*⁴⁸

Disso se depreende, também, que a *ratio decidendi*, não necessariamente deve ser explicitada no precedente para prover linhas guias específicas para decisões futuras. O simples relato da decisão deixa ao próximo juiz o encargo de descobrir a relevância da decisão anterior⁴⁹, e o correspondente alcance que será gradativamente descoberto com as decisões posteriores⁵⁰.

Essa consideração não impede, todavia, que a *ratio decidendi* seja destacada por algum instrumento. É o caso, por exemplo, das súmulas, cujos enunciados “correspondem, por sua vez aos motivos determinantes ou *rationes decidendi* extraídos de julgamentos do STF”⁵¹

⁴⁷ MARINONI, L. G. *Idem, Ibidem*. p. 197.

⁴⁸ MACCORMICK, N. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**, p.105.

⁴⁹ MACCORMICK, N. **Interpreting Precedents**, p.06.

⁵⁰ [PERELMAN, Chaim](#), Tratado de Argumentação, p.404; Citado por: TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, p. 11

⁵¹ CLARO, Roberto Del. **Obra citada**. In: MARINONI, L. G. A Força dos Precedentes. p.180

Note-se, portanto, que a súmula opera papel meramente instrumental⁵², correspondendo ao meio de comunicação da *ratio decidendi*, sendo seu objetivo definir o exato entendimento da norma jurídica objeto de divergências⁵³, de modo que onde a *ratio decidendi* for transparente, a súmula é desnecessária.

Além disso, não há uma identidade entre a parte dispositiva da decisão e a *ratio decidendi*, embora eventualmente se confundam, é possível, e frequente, que parte dos fundamentos determinantes não figure na parte dispositiva da decisão, se apresentando apenas na fundamentação dos julgados.

A doutrina, todavia, por força de hábito e cultura jurídica tende a atribuir deferência apenas à parte dispositiva, desconsiderando, ou negligenciando os demais elementos insertos no inteiro teor da decisão prolatada.

2.5.2 *OBITER DICTUM*

O *obiter dictum*, também chamado de *dictum*, corresponde à questão secundária, utilizada na resolução do caso, mas sem relevância determinante para o julgamento. São argumentos incidentais, ou laterias, que, portanto, jamais tem caráter vinculante, justamente porque tem caráter periférico comumente apenas assessorando à reflexão do tema.

Segundo TARANTO “são passagens usadas para que o discurso se refira sobre um dado ponto do direito”⁵⁴, não decorrendo dessas afirmações a conclusão do caso, perfazendo pois, elementos dispensáveis à resolução do caso.

⁵² A súmula, em verdade “reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especialmente autorizada a emitir a consolidação”. (Cf. ROSAS, Roberto. **Pontos e contrapontos da reforma do Judiciário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 840, out. 2005, p.81.

⁵³ BUZAID, Alfredo, **Uniformização de Jurisprudência**. AJURIS, Porto Alegre, v. 12, n.34, 1985. p. 214.

⁵⁴ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.14

Obter Dictum é, PIS, tudo aquilo que não obsta nem determina a decisão do caso, de modo que sob um critério negativo é definida, também, como aquilo que não se insere dentro da *ratio decidendi*, distinção essa nem sempre muito clara devendo ser descortinada⁵⁵ durante a aplicação do precedente judicial.

2.6 FUNCIONAMENTO DOS PRECEDENTES

2.6.1 EFEITOS

Apesar dos precedentes judiciais, carregarem a idéia de fiel execução, entretanto não necessariamente se apresentam sob a forma de peremptória aplicação, podendo também se apresentar sob a configuração persuasiva.

Assim a influência dos precedentes nas decisões futuras varia de acordo com as obrigações que o precedente gera. Isso ocorre justamente porque a garantia de respeito aos precedentes se configura quando existe o correspondente dever judicial de respeito⁵⁶.

Na explicação de MARINONI, “o dever judicial de respeito poder ter a sua intensidade mediada ou graduada, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação”⁵⁷.

Por isso, do reconhecimento da variada intensidade com que o precedente se aplica, não deve, todavia, resultar na falsa acepção de que os precedentes persuasivos não são merecedores de deferência, a final “todos os precedentes possuem autoridade”⁵⁸.

2.6.1.1 Vinculantes

⁵⁵ SILVA, Lucas Cavalcanti da,. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes** p.160.

⁵⁶ MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.9.

⁵⁷ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p. 111.

⁵⁸ SOUZA, M, A. D. **Obra Citada. Obra citada**, p. 52.

Os precedentes judiciais vinculantes são aqueles de compulsória aplicação, cujo emprego é obrigatório “independentemente da força argumentativa do debate intra processual”⁵⁹. Segundo MARINONI, “o que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de o juiz não poder revogar a decisão, ainda que tenha bons fundamentos para não respeitá-la”.⁶⁰

Os precedentes vinculantes correspondem aqueles aos quais foi conferida uma força obrigatória diferenciada, “com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo de reclamação para impor o seu cumprimento”⁶¹ e por isso mesmo, em nosso sistema representam a exceção, previstos em números fechados⁶².

Assim, o sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, impedindo ao órgão jurisdicional de negar o que já foi decidido. Assim o que qualifica os precedentes obrigatórios é a impossibilidade de discutir as suas razões vinculantes.

É claro, todavia, que o fato de a decisão ser absolutamente vinculante não impede o juiz de fazer o distinguished do caso que lhe é submetido, ou seja, de evidenciar que a questão posta a julgamento é diferente da já decidida”⁶³

2.6.1.2 Persuasivos

⁵⁹ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.139.

⁶⁰ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios** p.112.

⁶¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. p.37

⁶² TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**. p.139.

⁶³ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.112.

Os precedentes persuasivos, por sua vez, são aqueles destituídos de vinculação no julgamento de uma determinada causa⁶⁴. Tradicionalmente são definidos como os não obrigatórios, constituindo a regra na Civil Law⁶⁵.

Na tradição do Direito Continental, a doutrina da entende que os precedentes persuasivos não têm qualquer obrigatoriedade, “se o juiz o segue é por estar convencido de sua correção”⁶⁶, aparentemente não subsiste qualquer fundamentação para que decisões passadas sejam em algum sentido obrigatórias.

Note-se, todavia, que a diferença entre os precedentes obrigatórios e os persuasivos não é a possibilidade de ignorar os persuasivos, mas a impossibilidade de discutir as razões dos vinculantes.

Assim sua utilização não é apenas aconselhada como também determinada pela aplicação dos princípios da igualdade (isonomia), segurança jurídica, sendo também recentemente impulsionada pela constitucional competência dos tribunais superiores na proteção da ordem jurídica.

Aliás, recentemente tem-se reconhecido que a própria função dos tribunais superiores, como órgãos jurisdicionais, unificadores da interpretação e aplicação do direito, entrevêm deferência aos precedentes emitidos por estas cortes.

Assim, a tendência é que também os precedentes persuasivos tenham a sua autoridade reforçada, diferenciando-se dos vinculantes, apenas por estarem dependente da correção intrínseca da decisão, no sentido que o juiz pode impugnar a sua conformidade.

Por fim é imprescindível mencionar que a autoridade, dos precedentes persuasivos não se associa a um instrumento específico⁶⁷, diferentemente do que ocorre com os precedentes vinculantes.

⁶⁴ SOUZA, M. A. D. **Obra citada**, p. 53.

⁶⁵ TARANTO, C. M. G. **Obra citada**, p.203.

⁶⁶ SOUZA, M. A. D. **Obra citada**, p. 53.

⁶⁷ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.202.

Disso resulta a facilidade de invocação e infirmação dado que “exigem menor carga argumentativa para serem afastados, seja pro distinção, revogação e, até mesmo por desconsideração”⁶⁸

2.6.2 EFICÁCIA

Os precedentes judiciais são decisões anteriores que devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgem em juízo, correspondendo a um sentenciado ou decisão de uma corte considerada por sua autoridade para um caso similar ou idêntico.

Essa decisão irradia efeitos para além do órgão que prolatou o paradigma, podendo então atuar sob órgãos de níveis hierárquicos equivalentes ou apenas inferiores

Quando o precedente se aplica apenas órgãos inferiores, justamente porque é oriundo de órgão jurisdicional de competência superior, diz-se que há precedente vertical⁶⁹. Caso em que, a despeito da inexistência de hierarquia entre os membros do judiciário, se verifica uma distribuição de competências que exclui do órgão inferior a possibilidade de discutir o precedente que se impõem sob as instâncias inferiores.

Nos casos em que o precedente é oriundo de emanções por órgãos jurisdicionais com a mesma hierarquia do órgão que o aplica, diz-se que há precedentes horizontais⁷⁰. É por exemplo o caso da auto vinculação, ou, ainda a prática de seguir os precedentes dentro de um mesmo tribunal, quando emitidos por órgãos, secções ou câmaras, de mesmo *status*.

Assim, ainda que a força do precedente seja frequentemente explicada em termos de hierarquia o precedente pode operar tanto horizontal quanto verticalmente.

⁶⁸ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.202.

⁶⁹ MARINONI, L. G. **Idem, Ibidem**.

⁷⁰ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.119.

2.7 INSTRUMENTOS DE APLICAÇÃO DO PRECEDENTE

A utilização dos precedentes judiciais, amplamente verificada em sistemas jurídicos estruturalmente heterogêneos⁷¹, comumente se reflete no ordenamento pátrio pelo modo persuasivo com que atuam as decisões dos tribunais, especialmente no tocante ao “modo pelo qual os tribunais realizam, interpretativamente, a aplicação concreta dos princípios legais vigentes”.⁷²

Recentemente, todavia, se manifestam também no Direito positivo por intermédio de mecanismos que instruem a utilização de decisões judiciais passadas, como forma de resolução de casos.

2.7.1 *PRECEDENTE COMO EFEITO VINCULANTE*

Assim, por exemplo, no ordenamento Jurídico Brasileiro o efeito vinculante, foi adotado pelo constituinte derivado no concernente ao controle de constitucionalidade e, posteriormente, também, no tocante às sumulas designadas vinculantes, atribuindo uma eficácia transcendente ao julgado.

No tocante ao controle de constitucionalidade, o efeito vinculante foi consignado pela emenda constitucional n.º 3 que, de forma expressa, previu o efeito vinculante para as decisões proferidas nas ações diretas de constitucionalidade, conforme descrito no art. 102, §2º da Constituição Federal.

Posteriormente, pela lei 9.868/99, nos termos do artigo 28 § único, disciplinou-se o efeito para as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade. E por força da lei nº 9.882, que nos termos do artigo 8º, §2, assegurou-se o efeito vinculante também à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Finalmente, o efeito vinculante foi estendido, pela emenda constitucional nº 45, por meio do art. 103-A, às súmulas editadas pelo do STF mediante decisão de 2/3 dos membros, de ofício ou por provocação após reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

2.7.2 *PRECEDENTE COMO IMPEDIMENTO DE RECURSO*

⁷¹ TUCCI, J. R C. **Obra Citada**, p.29.

⁷² FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica Jurídica**, p.121.

Em paralelo, uma série de mecanismos processuais insertos na legislação infraconstitucional passaram a impulsionar a utilização de precedentes como instrumentos de impedimento de recurso .

Originalmente a iniciativa se deu com a previsão de negativa de seguimento de recurso inadmissível, improcedente ou prejudicado, fixada no *caput* do artigo 577 do Código de Processo Civil, pela qual o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

Subsequentemente, os precedentes passaram também a se aplicar como elementos de dispensa do reexame necessário, conforme o §3º do artigo 475 do Código de Processo Civil, segundo o qual não estará sujeito a duplo grau de jurisdição a sentença que estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Na esteira veio a previsão de juízo impeditivo de recurso em sede de 1ª instância criada pelo artigo 518, §1º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela lei n.º 11.276, segundo a qual o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

E, ato contínuo, sobrevieram o juízo positivo de admissibilidade de recurso extraordinário pelo não seguimento de orientação do Supremo Tribunal Federal – o §3º do artigo 543-A do Código de Processo Civil e o juízo impeditivo de recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, fundado no artigo 543-A, §5º, do Código de Processo Civil.

Em seguida se instituiu o consetário o Instrumento para a vinculação e impedimento de recurso perante os processos sobrestados por força de orientação de decisão em sede de repercussão geral - §§2º e 3º do artigo 543-B do Código de Processo Civil, com a redação dada pela lei 11.418 de 2006;

E, por fim o mesmo se operou com o juízo negativo de admissibilidade do recurso especial nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, inserido pela Lei n.º 11.672, como instrumento para a vinculação e impedimento de recurso perante os processos sobrestados por força de orientação de decisão do Superior Tribunal de Justiça.

2.7.3 PRECEDENTE COM INSTRUMENTO DE JULGAMENTO DO CASO

Por derradeiro a vocação dos precedentes se espalhou também ao julgamento da lide, que frequentemente passaram a ser resolvidas com base em decisões judiciais pretéritas.

Inicialmente a existência de precedentes autorizou o juízo monocrático em sede de conflito de competência – artigo 120 parágrafo único, Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756/98.

Em seguida a legislação permitiu a utilização de decisão precedente como forma de julgamento sem citação quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, caso em que poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada, conforme artigo 285-A do Código de Processo Civil, inserido pela lei 11.277/06

Além desses, outro valioso instrumento de ampliação de decisões judiciais precedentes foi a impugnação de título executivo por inexigibilidade decorrente de orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 475-L §1º, e artigo 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil;

E, no âmbito de competência do Supremo Tribunal Federal sobreveio a utilização de Instrumento específico para a atribuição de efeito vinculante ao recurso extraordinário conforme artigos 14 e 15 da lei n.º 10259/2001 c/c artigo 321 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, as decisões judiciais passaram a aconselhar também o indeferimento liminar da petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade manifestamente improcedente fundada em precedente conforme o art. 4º da Lei n.º 9868/99.

3 DOUTRINA DOS PRECEDENTES

Sintetizado o funcionamento dos precedentes cabe, por ora, tecer alguns comentários acerca da natureza e a autoridade com que os precedentes são admitidos nos diversos sistemas jurídicos.

Nesse ponto a primeira consideração a ser feita é que a sofisticada coordenação questões jurídicas ainda obsta a formulação de uma teoria capaz de integralmente explicar os precedentes⁷³.

A questão permanece inconclusa mesmo nos países afeitos à aplicação dos precedentes judiciais, onde, há muito, a persecução do tema ocupa interesse dos teóricos⁷⁴.

Não obstante isso, uma gama de autores sustente a existência de uma teoria dos precedentes⁷⁵, a própria configuração acerca da existência de um fundamento para os precedentes, sugere a inexistência de um princípio ou uma explicação capaz de explicá-los.⁷⁶

Há, todavia, uma infinidade de razões favoráveis a utilização dos precedentes, defendidas por uma coordenação de argumentos que se convencionou chamar “doutrina do precedente”⁷⁷.

Essa doutrina dos precedentes é, então, uma parcial descrição teórica que aponta para os benefícios da aplicação dos precedentes no desenvolvimento do Direito destacando, em especial, a promoção da igualdade, da segurança jurídica, da coerência, da previsibilidade bem como de

⁷³ TARANTO. C. M. G. **Obra Citada**, p.9.

⁷⁴ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.22.

⁷⁵ Por exemplo, Raimo Siltala desenvolve claro esforço no sentido de ordenar uma teoria pós analítica dos Precedentes. (Cf. SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent**. Oxford: Hart Publishing: 2000).

⁷⁶ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.22.

⁷⁷ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.10.

valores ligados ao processo, como a celeridade, a economia processual e a efetividade jurisdicional⁷⁸.

Contudo só por isso não se deve pensar que a questão seja irretorquível. Vários obstáculos se impõem à utilização dos precedentes, especialmente na nossa tradição jurídica, na qual devem se justificar ante a legalidade, a separação dos poderes, a autonomia dos juízes e a própria construção histórica do ordenamento que temos.

Assim a primeira colocação que deve ser feita diz respeito aos fundamentos para adoção dos precedentes e obstáculos para a sua aplicação⁷⁹

3.1 ARGUMENTOS PARA SEGUIR O PRECEDENTE

Conforme mencionado, embora, não exista uma escorreita construção teórica dos precedentes, subsistem plausíveis argumentos que endossam a utilização do precedente⁸⁰, uma das grandes aproximações⁸¹, senão a mais importante, diz justamente respeito às razões para justificar a utilização dos precedentes como parâmetro para julgamento, as mesmas nas duas tradições, convergindo-se, então, para uma profunda tendência à unidade⁸².

3.1.1 IGUALDADE

A igualdade há tempos é manifestada como o maior critério conhecido para a justiça, assumindo no Estado de Direito a forma de “princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico constitucional”⁸³.

⁷⁸ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p 121-189.

⁷⁹ SOUZA, M. A. D. **Obra Citada**, p. 296-307.

⁸⁰ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.10.

⁸¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência**, p.148.

⁸² CAPPELLETT, Mauro. **O processo Civil no Direito Comparado**, p.102.

⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, p.404.

Nos sistemas do Civil Law, desde a revolução francesa, a igualdade se manifestou como universal submissão a lei, impondo a reiterada aplicação de uma mesma regra geral e abstrata, a lei, a todos casos semelhantes.

No âmbito processual, por sua vez, a igualdade assumiu a condição de equitativa distribuição de benefícios e ônus processuais, segundo um posicionamento que entendia igualitário a possibilidade das partes isonomicamente concorrerem para a solução do seu caso.

Assim, esse imperativo de igualdade frequentemente passou a resultar na desigualdade entre os jurisdicionados que, sob igual situação, frequentemente passaram a auferir tutelas jurídicas absolutamente diferentes, em questões, de direito, absolutamente iguais.⁸⁴

Com efeito, no âmbito da prática judicial, colimou-se a possibilidade de decisões desiguais em casos iguais justamente porque se adota a contraditória lógica segundo a qual, uma regra igualitária pode permitir que os iguais obtenham partes desiguais e que os desiguais obtenham partes iguais.

Assim recentemente a igualdade, pois, é reescrita como “mantenedora ou restauradora de um equilíbrio, ou uma proporção, e seu preceito condutor é frequentemente formulado com ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’”.⁸⁵, manifestando-se assim sob a forma de um princípio da isonomia aplicado a toda atuação estatal, em especial a jurisdicional.

Essa percepção, todavia, focou-se somente na relação das partes no tocante a uma singular relação processual, sem, contudo, se aperceber que igualdade deveria valer ante a jurisdição, e não apenas ante ao processo.

A aplicação lassa do princípio da igualdade, contida à relação intraprocessual foi há muito afastada nos sistemas do Common Law, sobretudo pelo jurista inglês que, herdeiro dos práticos, “desconfia daquilo que ele

⁸⁴ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p. 63.

⁸⁵ ODHARA, Bruno Periolo, Um rápido olhar sobre o stare decisis In: MARINONI, L. G. **A força dos precedentes**, p.60.

considera muito naturalmente, como fórmulas ocas: que vale a afirmação de um direito ou de um princípio, se na prática não existe um meio de aplicá-lo?”⁸⁶

Desse modo, a igualdade depende de que

*existam técnicas e meios asseguradores de que aquela desejável igualdade continuará atuante se e quando a norma venha submetida à exegese judiciária, ou seja, quando a norma sai do papel para se subsumir num caso concreto*⁸⁷.

Por isso a igualdade de tratamento dos casos leva naturalmente a adesão do precedente judicial, como meio, idôneo, pelo qual se efetiva a garantia de igualdade dos jurisdicionados ante a solução dos casos. Pois, reiterar os juízos feitos para as decisões passadas significa esposar uma lógica de igualdade, adotando, portanto, motivos que conduzem a igual respeito e consideração entre os jurisdicionados.

Além disso, aplicar aos casos semelhantes às mesmas razões adotadas nos casos pretéritos corresponde a um juízo de imparcialidade, garantido em semelhantes situações, a mesma resposta que seria fornecida fosse cada caso objetivamente considerado.

Por isso o respeito ao precedente estimula a corte a ser justa, exatamente em acordo a idéia de que justiça deve tratar igualmente os casos iguais, sempre trazendo consigo a idéia de isenção, ínsita a idéia de jurisdição.

Aliás, a lição é antiga, CARDOZO há muito dizia que

*um dos interesses sociais mais fundamentais é o de que a lei deve ser uniforme e imparcial. Não deve haver nada em seus atos que sugira preconceito ou favorecimento ou mesmo um capricho arbitrário ou desordem. Portanto, essencialmente deve haver adesão ao precedente*⁸⁸.

⁸⁶ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 406.

⁸⁷ MANCUSO, R. **Obra Citada**, p.121.

⁸⁸ No original: “one of the most fundamental social interests is that law shall be uniform and impartial. There must be nothing in its action that savors of prejudice or favor or even arbitrary whim of fitfulness. Therefore in the main there shall be adherence to precedent”. CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the judicial Process**, p.112.

E nem mesmo as eventuais particularidade dos casos levados ao judiciário não devem obstar a aplicação isonômica da lei, mediante a adesão aos precedentes. Porque não obstante nenhum caso seja inteiramente igual a outro, nenhum é também absolutamente diferente dos outros. De modo que há, sempre, elementos comuns entre uns e outros, capazes de reunir pela semelhança o que está separado pela diferença.

Assim a diversidade de casos não afasta a identidade das questões de direito que demandam igual tutela jurisdicional, de modo que a solução dada aos casos semelhantes somente deve ser afastada quando outra questão de direito se imponha de modo relevante na resolução da controvérsia sob o qual se fundamenta⁸⁹.

Dito de outro modo, a igualdade substancial sugere que uma regra é igualitária se as diferenças no tratamento correspondem a relevantes diferenças das características em questão. Segundo BANDEIRA DE MELLO, o princípio da isonomia impõem “uma correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a discriminação legal decidida em função dele (...)”⁹⁰

Disso se infere que uma incidental questão de fato ou de direito, não pode afastar a isonomia dos jurisdicionados, nem sugerir uma aplicação não igualitária. Assim, o juízo de adequação ao precedente concorre justamente para a verificação de que os casos em suas particularidades merecem auferir tutelas diferenciadas apenas se relevantes questões se impuserem.

Segundo Kelsen, “só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos iguais”⁹¹

⁸⁹ A discussão acerca da particularidade de cada caso é argumento corrente contra a vinculação, muito discutido especialmente no tocante à adoção das sumulas vinculantes. Por fim, todavia prevaleceu a noção de que de fato a maioria das questões é sempre a mesma, sendo, segundo Ellen Gracie Northfleet “impossível sustentar que processos dessa natureza devam prosseguir congestionando o Poder judiciário, e percorrendo suas diversas instancias”. NORTHFLEET. Ellen Gracie. **Ainda sobre o efeito vinculante**.p. 134.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, p. 38.

⁹¹ KELSEN. H. **Obra Citada**, p.267.

Nesse quadro, a igualdade na aplicação da lei, se reflete como isonomia dos jurisdicionados, pois se a lei tem de tratar todos de modo uniforme assim devem a agir os tribunais, respeitando o entendimento estratificado como correto e decidindo de forma idêntica casos iguais.

Do contrário se afrontaria o princípio da isonomia, pois a igualdade perante a lei, implica a observância à lei, a qual, igualitária que é, não pode ser uma e outra ao mesmo tempo. Isto é

a lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico e nunca mais de um entendimento simultaneamente válido (...))⁹².

Assim sendo, os casos porque semelhantes vincular-se-iam a uma mesma decisão anterior; e porque vinculados a uma mesma decisão anterior seriam igualmente tratados, pois o juízo unitário afrontaria a garantia de igualdade de perante a lei, então julgada⁹³, conforme a previsão constitucional inserta no caput do art. 5º da Constituição Federal⁹⁴.

Por fim é preciso dizer que a igualdade da norma julgada, que perfectibiliza pela aplicação dos precedentes, se destaca em especial no casos de sistemas institucionais, formado por muitos indivíduos, em que a falta de um padrão de igualdade inviabiliza a execução orgânica das funções institucionais.

É o caso, por exemplo, do nosso judiciário que em virtude das dimensões do país, e de uma jurisdição separada em cada estado, é extremamente numeroso, decorrendo então a baixa reverência prestada às decisões judiciais, e a difundida desigualdade entre as tutelas jurisdicionais.

3.1.2 SEGURANÇA JURÍDICA

⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Controle das decisões judiciais pro meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**, p.291.

⁹³ A igualdade perante a lei deve ser compreendida não somente no tocante a norma legislada mas também à julgada. (MANCUSO, R. **Obra citada**, p.120).

⁹⁴ Segundo WAMBIER “nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador se o poder Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico hajam influído no sentido que se deva dar à lei) (Cf. WAMBIER, T. A. A. **Obra Citada**, p.285).

Comumente a segurança jurídica está ligada à “estabilidade e continuidade do ordenamento”⁹⁵, além claro da previsibilidade das situações jurídicas.

Em um sentido amplo, a segurança jurídica é, para muitos, o conceito finalístico do Direito, assumindo a forma de uma ordem coerente de comandos capaz de objetivamente dar a justiça sem que seus aplicadores possam distorcê-la. Modernamente a segurança jurídica corresponde à própria conformação do Estado de Direito que se manifesta sob a forma de uma ordem jurídica estável, à qual todos estão submetidos.

Segundo CANOTILHO o princípio da segurança jurídica pode se explicar sob o seguinte modo:

*o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades como base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico*⁹⁶

Na tradição do Civil Law a idéia de segurança jurídica foi intencionalmente associada à lei, fundamentando-se “na concepção positivista atrelada a dogma de absoluta e incondicional observância da lei”⁹⁷.

Essa concepção por sua vez, encontra sua explicação histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou fonte única do direito mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo. Desde então a segurança jurídica foi vista como fiel execução da lei.

Recentemente, todavia, essa concepção de segurança jurídica, postulada na tradição do civil law, foi desmentida pela história. Há algum tempo se descobriu que a lei era interpretada de diversas formas e que rotineiramente, inúmeros casos têm suas razões jurídicas valoradas de modo

⁹⁵ MARINONI, L. G. O precedente na dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI L. G. **A força dos Precedentes**, p. 211.

⁹⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Obra Citada**, p. 252.

⁹⁷ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p. 131.

absolutamente distinto, o que resulta, com certa freqüência, em tutelas jurídicas absolutamente divergentes.

Desde então, despontou a reiterada percepção de “resposta judiciárias absolutamente díspares em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões de cidadãos como ocorre nas chamadas demandas múltiplas.”⁹⁸

Por isso, especialmente para remediar a pluralidade inesgotável de tutelas judiciais, nunca foi tão clara a necessidade de assegurar a confiança dos cidadãos nas normas produzidas pelo estado⁹⁹.

Assim, ao se verificar que a lei é interpretada de diversas formas, resultando em distintas decisões para casos iguais, deve decorrer a conclusão que “a segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais, e assim estabelecendo-se o dever judicial de respeito aos precedentes.”¹⁰⁰.

Uma preocupação com as decisões judiciais, contudo, revela o verdadeiro papel atribuído aos precedentes: o de contribuir para a unidade do direito, tanto no controle de constitucionalidade como na uniformização da jurisprudência - seja para corrigir eventual divergência, seja para preveni-la.

Até mesmo porque “por direito coerente entende-se também e principalmente o direito judicial coerente”¹⁰¹, sendo “um absurdo desejar legislação clara e não prestar atenção ao local em que a coerência é mais importante”¹⁰²

Em paralelo, o respeito aos precedentes coaduna com a consistência e certeza do direito porque têm a vantagem de manter um juízo de necessidade

⁹⁸ MANCUSO, R. **Obra Citada**, p.133.

⁹⁹ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p. 491.

¹⁰⁰ MARIONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.9.

¹⁰¹ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.491.

¹⁰² MARINONI, L. G. **Idem, Ibidem**.

acerca da manutenção de um corpo de decisões principiologicamente coerente.¹⁰³¹⁰⁴.

Por isso mesmo recentemente reconhece-se que os precedentes são responsáveis pela própria vinculação constitucional, isso porque a força normativa da Constituição depende sobretudo “da capacidade jurisprudencial e doutrinária de construir unidades de sentido aptas a serem aplicadas no nosso contexto social”¹⁰⁵.

Isto é, “o texto constitucional não possui, ele próprio, força normativa. São os operadores do Direito que constroem a força normativa do Direito Constitucional.”¹⁰⁶, sendo certo que “a não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição”¹⁰⁷.

Em paralelo, argumenta-se que os precedentes objetivamente contribuiriam para o desenvolvimento do direito, sendo certo que estratificado o conjunto de teses aceitas pelos tribunais, o debate far-se-á muito mais atento as virtudes e defeitos de cada entendimento.

Assim, as decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre o mesmo caso em dada matéria, cooperam, a um só tempo, para pronunciamentos mais coordenados dos tribunais e o desenvolvimento do direito em um determinando sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado, substituindo, pois, “a loteria judiciária das majorias ocasionais, pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do Direito”¹⁰⁸

¹⁰³ MACCORMICK, N., **Interpreting precedents**, p.05.

¹⁰⁴ Aliás, na origem os precedentes se justificam justamente pela necessidade que os princípios jurídicos estabelecidos pelas decisões das cortes permanecessem vigentes e aceitos como fontes primárias de direito. (cf. CROSETTI, Priscila Soares; Drummond, Paulo Henrique Dias. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas. In: MARINONI, L. G. **A força dos precedentes**, p.17.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Entrevista juspodivm**.

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. **Entrevista juspodivm**.

¹⁰⁷ MARINONI, L. G. **Repercussão Geral no Recurso extraordinário**, p.41.

¹⁰⁸ LEAL, Victor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal Federal. Revista Forense, v.208, p17-18, 1965 In: TARANTO. C. M. G. **Obra Citada**. p.133.

Além disso, a observância dos precedentes contribui também “para a proteção da credibilidade da tomada de decisão judicial”¹⁰⁹. Isso porque a sucessão de precedentes torna previsível a solução de futuros litígios.¹¹⁰, reforçando a confiança pública no Direito seriamente abalada pela instabilidade, com regras de direito constantemente reformuladas e aplicadas de maneiras inconsistentes¹¹¹

Mesmo porque “o homem do povo não concebe duas decisões antagônicas resolvendo a mesma tese, o mesmo princípio, o mesmo fato”¹¹², pois “do ponto de vista dos cidadãos o fenômeno do direito é um fenômeno externo”¹¹³, compreendido como o conjunto de sentimentos comuns dos juízes sobre a sua atitude cultural”¹¹⁴.

Nesse ponto, todavia, apesar de, sob o ponto de vista do cidadão, não existir um direito a manutenção da jurisprudência¹¹⁵ a verdade é que, os sujeitos a qualquer tipo de poder, ainda que privado, possuem o direito à racionalidade e estabilidade das decisões.¹¹⁶

E a previsibilidade está diretamente relacionada com a garantia de uma decisão não arbitrária, despotismo esse que pode ser restringido, com melhores resultados, quando a atividade judicial é limitada aos precedentes que mitigam a pessoalidade das partes, bem como dos julgadores.

¹⁰⁹ ALEXY, R. **Obra Citada**, p.260.

¹¹⁰ WAMBIER resume a questão de forma especial: “o importante para que se fique preservado o valor segurança, em nosso sentir, é que se tenha noção daquilo que muito provavelmente virá ocorrer. (Cf. WAMBIER. T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e ação rescisória**. p.27)

¹¹¹ SOUZA, M. A. D, **Obra Citada**, 258

¹¹² Rosas e Aragão. Paulo Cezar. **Comentários ao Código de Processo civil**, V. 5, p. 27-28.

¹¹³ PALONBELLA. Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 216.

¹¹⁴ PALONBELLA. G. **Idem, Ibidem**.

¹¹⁵ Note-se nesse sentido que “é diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade da orientação dos tribunais.” (Cf. CANOTILHO, J. J. G. **Obra Citada**, p.260).

¹¹⁶ MARINONI. L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.109.

Isto é, a segurança jurídica demanda

“fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do Poder, de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios atos”¹¹⁷.

Desse modo a uniformização de jurisprudência, cuja realização se dá pela aplicação dos precedentes,

Impõem-se, portanto com uma necessidade social, a fim de assegurar estabilidade da ordem jurídica. Já que o direito perde força e autoridade se a suas disposições não obrigam de modo regular e permanente”¹¹⁸.

Por fim é possível argumentar, com alguma justiça, que certeza é algo ilusório, no Direito como um todo, e, em especial, nos precedentes, “tendo em vista a habilidade dos juízes e tribunais, em aplicar ou afastar as suas decisões das lavradas por seus predecessores”¹¹⁹.

Este argumento, todavia, ignora a necessidade de enfatizar o caráter objetivo do direito, e a natureza independente das verdades que persegue sendo certo, pois que “os que insistem que a verdade é algo maleável e subjetivo não compreendem que, com tal critério, a investigação é impossível”¹²⁰, de modo que o inexequível alcance da certeza não deve obstar a sua busca.

Aliás, na lição de MARINONI,

a segurança jurídica postulada na tradição do civil Law pela estrita aplicação da lei, está a exigir o sistema de precedentes, já muito estabelecido para assegurá-la no ambiente do common law, em que a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais nunca foi desconsiderada, e exatamente por isso fez surgir o princípio, inspirador do stare decisis, de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (treat like cases alike).¹²¹.

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. G. **Obra Citada**, p.252.

¹¹⁸ BUZAID, A. **Obra Citada**, p.221.

¹¹⁹ LLOYD, D. **Obra Citada**, p. 357.

¹²⁰ RUSSELL, B. **Obra Citada**, p.500.

¹²¹ MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.9.

Assim, somente a utilização dos precedentes é capaz de assegurar a consistências dos julgados, restituindo a credibilidade e respeito dispensados ao judiciário, com o mérito de garantir a confiabilidade naquilo que dizem os juízes¹²²

3.1.3 EFICIÊNCIA JUDICIAL

A aplicação dos precedentes é importante mecanismo para alcançar a eficiência judicial. Aliás talvez seja a mais válida das construções nesse sentido, já que dinâmica processual não permite que todas as questões de direito estejam, a bom tempo, eternamente abertas, passíveis de impugnação por todo e qualquer litigante.

Do contrário estaríamos fadados a uma carga argumentativa demais extensa, sem que questão alguma fosse decidida¹²³. Esta lição, todavia, não é nova, CARDOZO já lembrava que

*o trabalho dos juízes aumentaria quase até a exaustão se toda decisão tomada pudesse ser reaberta em todo caso, e alguém não pudesse delinear seu próprio caminho na segurança dos caminhos delineados por outro que vieram antes dele*¹²⁴.

Assim, o precedente nada mais faz que viabilizar um critério para a determinação das controvérsias, permitindo uma solução ágil na prestação da tutela judicial esclarecendo, pois os dilemas suscitados no âmbito da resolução

¹²² DWORKIN, **Levando os Direitos a Sério**, p.112.

¹²³ Sobre esse ponto se manifestou Ministro Paulo Brossard durante o voto que apreciava a constitucionalidade do efeito vinculante “Entre nós, por essa ou por aquela razão, durante décadas, se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso (...) Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite dos recursos (...) o feito tem que ter fim, e com ele as divergências. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator: Min. Moreira Alves. J. em 27.10.1993.

¹²⁴ No original: “the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by other who had gone before him”. (Cf. CARDOZO, Benjamin N. **Obra citada**, p.149).

dos conflitos, baseando-se, segundo ERLICH “numa certa saudável qualidade econômica de pensamento”¹²⁵.

Portanto, a aplicação do precedente é um processo de redução, que mitiga dificuldades e responsabilidades do juiz, permitindo um atalho a simplicidade e mesmo à obviedade, atributos que tem o mérito de “indicar o caminho para respostas a questões que deixaram perplexos aqueles que as enfrentaram de modo mais complicado”¹²⁶.

Assim, embora os escopos da celeridade efetividade da atividade jurisdicional não constituam, a rigor, a função dos precedentes, são relevantes pretextos para aplicá-los, a final, vasta soma de tempo judicial é despendida na interminável interpretação de conceitos.

O precedente serve, então como um critério estabelecido que poupa tempo e energia para a solução dos casos,¹²⁷ sem o qual, aliás, se estaria desviando, “recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados”¹²⁸

Com efeito, os precedentes, atendem a tarefa que DINAMARCO descreveu com a necessidade de “equilibrar as exigências conflitantes da celeridade, que favorece a certeza nas relações jurídicas e, da ponderação, destinada à produção de resultados justos (...)”¹²⁹

Mesmo porque, não fossem aplicados os precedentes, muito do que teria solução rápida e eficaz prosseguiria apenas para receber uma decisão improcedência.

¹²⁵ EHRLICH, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. In. MORRIS, Clarence. Org. **Os grandes filósofos do Direito**, p. 443-472.

¹²⁶ MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria**. p.105.

¹²⁷ A eficiência se impõem também por uma questão de utilização dos recursos públicos, nesse sentido “a carência de recursos humanos, intelectuais, e temporais disponíveis para a desincumbência da tarefa de administrar o serviço judiciário, também aconselha pensar na instituição de mecanismos efetivos que possa diminuir o tempo entre a lesão e a satisfação do direito” (Cf. TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, p.300).

¹²⁸ NORTHFLEET. E. G. **Obra Citada**, p. 134.

¹²⁹ DINAMARCO. C. R. Relativizar a coisa Julgada Material, p. 34.

Portanto, muito do que é vinculado, pode ser explicado, não porque assim deva ser, mas porque a manifesta sucumbência dá o caráter meramente protelatório e faz da vinculação a providência inafastável, coadunando à repressão das atividades inúteis presentes no processo judicial.

Além disso, a certeza e previsibilidade do direito, promovidas pela aplicação do precedente contribuem para a celeridade da prestação jurisdicional na medida em que desestimulam a litigância, favorecem acordos e via de consequência propiciam para maior eficiência ao Poder judiciário sob a ótica da pacificação social.

Por último, todavia, é justo notar que a efetividade judicial pode ser sobrepujada em razão do número cada vez crescente de precedentes, que torna excessivamente laboriosa a consulta e conhecimento da jurisprudência. O que, desde então, atuaria em prejuízo da coerência e da previsibilidade, sujeitando, todos aos inúmeros pronunciamentos judiciais, eventualmente obscuros, até mesmo contraditórios.

Esse ponto, todavia, pode e deve ser contornado com recurso a uma comprometida atuação dos juízes que devem atender ao critério da relevância. Sendo certo que nem tudo que é julgado tem relevo suficiente para integrar o direito já que o precedente atua em espaços de indeterminação, limitando-se a parcelas do ordenamento, resignando-se a ver-se como parte do direito e não como todo o direito.

3.2 OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Diferentemente das razões para a aplicação do precedente, os obstáculos à aplicação dos precedentes são distintos nas tradições do Civil Law e do Common Law.

Por uma série de fatores históricos, os sistemas ocidentais de direito percorreram diferentes caminhos na formulação dos seus ordenamentos, resultando, pois, em dificuldades próprias no tocante à aplicação dos precedentes.

Na tradição do Civil Law, a qual se filia o nosso ordenamento jurídico, dois fatores, em especial, explicam grande parte da resistência à aplicação dos precedentes, a separação dos poderes e a legalidade¹³⁰.

Duas construções históricas, intimamente conectadas, que fundamentam grande parte do sistema de direito continental, e as quais se somam os argumentos da independência dos juízes, e a estagnação do Direito, como obstáculos à aplicação dos precedentes.

3.2.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES E LEGALIDADE

A principal razão pela qual a influência dos precedentes parece não se incorporar no ordenamento jurídico nacional diz respeito à concepção de Direito historicamente construída, em especial no tocante ao ideal da legalidade e à cerrada divisão de poderes a partir do surgimento do estado liberal¹³¹.

Desde a revolução Francesa, os sistemas filiados a tradição do Civil Law, romperam com o direito continental, afastando-se das tradições romano-germânicas¹³², onde os precedentes tinham relevantes funções, apoiando-se desde então, em uma codificação racionalizada¹³³,

Com efeito, as antigas tradições foram substituídas pelo dogma da legalidade, segundo o qual somente a lei, enquanto ato legislativo, poderia consubstanciar a manifestação da vontade geral, inovando, pois, a ordem jurídica.

¹³⁰ MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.09

¹³¹ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**, p.57.

¹³² TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, passim.

¹³³ O racionalismo, diz Ovídio Batista. “procurou transformar o direito em uma ciência lógica, tão exata e demonstrável quando uma equação algébrica” tudo isso com base na crença que o legislador pudesse produzir um texto capaz de gerar univocidade de sentido. Silva, Ovídio. Batista da. **Processo e ideologia**, p.32.

A partir de então, vige a “tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada.”¹³⁴ tudo sob fundando na “falsa suposição, própria ao Civil Law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas.”¹³⁵. Fundava-se então a estrita separação dos poderes

Vigorava o ideal rousseuiano, pelo qual o poder legislativo era exercido, através dos representantes do povo, e do juízes nada mais se esperava, senão a aplicação passiva, seca e ‘inanimada da lei’¹³⁶. Do contrário, dizia-se, não haveria “liberdade se o poder de julgar não estiver separado do legislativo (...) pois o Juiz seria legislador”¹³⁷.

A época moderna até fomentou-se o entendimento de que qualquer atuação interpretativa do judiciário empreenderia uma prática extensiva ou restritiva criando direitos ou limitações não-enumeradas, indo além ou distanciando-se do texto da lei.

Por conta disso, a jurisprudência dos países da tradição do Civil Law, desempenhou, desde então, um papel secundário, sendo lhes, frequentemente reconhecida certa autoridade, mas raramente consideradas como instituidoras de regra de direito. Até mesmo porque isso, supostamente, seria desnecessário, pois teríamos “independentemente delas, um sistema de regras de direito que basta por si próprio”.¹³⁸

De outro lado, o Common Law, desenvolveu-se de forma autônoma, não conhecendo as influências das Codificações, características da família romano-germânica, permanecendo fiel ao direito medieval, enquanto o continente tomava caminho diverso, desviando-se do tronco comum.¹³⁹

¹³⁴ MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p. 8.

¹³⁵ MARINONI, L. G. **Idem, Ibidem**.

¹³⁶ CAPPELLETTI, MAURO. **Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea**, p. 111.

¹³⁷ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**, p.167.

¹³⁸ DAVID, R. **Obra Citada**, p. 427.

¹³⁹ CROSSETI, Priscila Soares; Drummond, Paulo Henrique dias. **Formação histórica e aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de Civil Law**. In: MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p. 32-33.

Então, na tradição do Common Law, o direito se formou basicamente como um direito jurisprudencial, segundo a regra dos precedentes que reconhece autoridade as decisões judiciais. Assim, as normas vigentes nesses ordenamentos são essencialmente aquelas que se encontram na *ratio decidendi* das decisões prolatadas pelos tribunais.

Como consequência, apenas aqui “cultuou-se, e se cultua, o mito dogmático da impossibilidade de atuação do juiz (rectius, judiciário) como legislador positivo, limitando-o a um comportamento de neutralidade (...)”¹⁴⁰.

A história, todavia, rapidamente, tratou de desmentir o mito da estrita legalidade e separação dos poderes. Reconhecendo inexecutável a tarefa de legislar sistematizando e positivando cada conduta humana gradativamente permitiu, então, a atuação interpretativa de juízes e tribunais no caso de lacunas legislativas, e nos conflitos de normas.¹⁴¹

Em seguida mitigou a estrita separação entre a função do poder legislativo como instituidor de normas e do poder judiciário com mero aplicador, gradativamente permitindo ao poder judiciário atuações com consideráveis contribuições a formulação do direito.

Nesse pondo passou, a estrita separação dos poderes passou então, a não ser crível, sequer mesmo sustentável, decorrendo desde então a permissão para que o judiciário exerça-se a apreciação da compatibilidade de leis, primeiro em casos e subseqüentemente em tese.

Em termos históricos, inicialmente, outorgou-se aos tribunais a defesa da lei em abstrato, cumprindo-lhe a evidente função política, de aplicação constitucional acessória do Legislativo, vide exemplo do Tribunal de Cassação Frances. O tempo, todavia, “fez sentir que o momento para afirmar que a lei

¹⁴⁰ TARANTO, C. M. G. **Obra Citada**. p.57.

¹⁴¹ “Na verdade a doutrina esquece de esclarecer que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto, e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias de hoje, outra figura. Não dúvida que o papel do atual juiz do civil Law, e especialmente do juiz brasileiro, a que é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto muito se aproxima da função exercida pelo juiz da Common Law, especialmente a da realizada pelo juiz americano” (Cf. MARINONI, L. G. **A Força Dos Precedentes**. p. 8)

não deveria ser interpretada também seria oportuno para afirmar como a lei deveria ser interpretada.”¹⁴²

Assim, subsequentemente, a atividade de interpretação das leis reconhecida às cortes passou também a voltar-se à uniformização da jurisprudência, não se circunscrevendo tão somente a pontual aplicação em tese, mas também a padronização da interpretação.

Recentemente, todavia, a atividade dos tribunais voltou-se ao controle sobre os casos decididos, deixando o simples objetivo de uniformizar a jurisprudências e assinalando em paralelo o escopo de outorgar unidade ao Direito¹⁴³.

Desde então o judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, zela também para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros. Conseqüentemente os tribunais deixam de apenas aplicar, e passam também a destacar as normas de direito, outorgando unidade á constituição¹⁴⁴ e, a partir daí, a todo o direito brasileiro.

Com efeito abandona-se a idéia de rígida separação de poderes e se consagra a idéia de poderes compartilhados¹⁴⁵ em que o *múnus* do Poder Judiciário já lhe entreve o dever de uniformizar a .

Passa então a prevalecer a percepção de que as regras legais são estabelecidas pelo poder estatal, ao qual pertence tanto o legislativo quanto o judiciário. A final, os tribunais, também são depositárias da autoridade pública, assim “a lei que eles aplicam é basicamente a lei do Estado, quer a encontrem formuladas em normas, quer tenham elaborá-las eles mesmos.”¹⁴⁶

¹⁴² MARINONI. L. G. **Precedentes Obrigatórios**, p.61

¹⁴³ MARINONI. L. G. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**, p.44

¹⁴⁴

¹⁴⁵ CAPPELLETTI. Mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder judiciário na sociedade contemporânea**. Revista de Processo. N. 60. P.110 -116, ou./dez. 1990.

¹⁴⁶ DABIN, Jean. **Teoria Geral do Direto**. In. MORRIS, Clarence (org) Os grandes filósofos do Direito, p. 476.

3.2.2 ESTAGNAÇÃO DO DIREITO

A estagnação do Direito é outra comum argumentação contrária a utilização dos precedentes, argumentando-se que a sua aplicação, com orientação voltada para o passado, conduziria a retrocesso.

Assim, chegou-se, mesmo a dizer que “o princípio do *stare decisis* é inimigo do direito”¹⁴⁷, e que os tribunais deveriam se apresentar como um “instrumento voltado para o futuro, que vise à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência”¹⁴⁸

Nesse ponto, todavia, antes de se pensar que os precedentes podem causar a estagnação é preciso recordar que “o mais nobre dos predicados do chamado direito jurisprudencial é a sua capacidade de adaptar-se as mutações sociais e econômicas da nação”¹⁴⁹ disso decorrendo a idoneidade a extrair dos textos constitucionais e legais “a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade.”¹⁵⁰

Aliás, a estagnação do direito comumente está associada não as formações judiciais mas as legislativas que muito raramente são modificadas ou reformadas, mesmo diante de profundas transformações sociais, até porque “o legislador das normas abstratas pode ignorá-las. O juiz não”¹⁵¹. Assim, muito mais maleável e atenta a realidade surge “ao lado da norma legal, a norma jurisprudencial, não menos dotada de juridicidade”¹⁵²

Em paralelo, é importante destacar que

a vinculação ao precedente não impedirá que o órgão mude a interpretação de uma norma e, com isso, dê entrada a um novo processo de normatização

¹⁴⁷ STRECK. Lênio Luiz. O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional. Da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário. In: Moura, Agra Walber (coord) **Comentários à reforma do poder judiciário**, p. 152.

¹⁴⁸ SILVA. Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. p.32

¹⁴⁹ DINAMARCO. **Súmulas Vinculantes**. p.64.

¹⁵⁰ DINAMARCO. **Idem**, p.64

¹⁵¹ TESHEINER, José Maria. **Uniformização Judicial do Direito**, p.70.

¹⁵² TESHEINER, J. M. **Idem, Ibidem**.

jurisprudencial. Mesmo porque a sucessão de paradigmas interpretativos é também exigência irrefreável vem exigida pela história da realidade social ¹⁵³.

Contudo, importante, cautela deve ser tomada no tocante a interpretação das leis por meio dos precedentes, havendo pesadas críticas recaiam sobre este tipo de atuação. Relatos sobrevivem de que o resultado desta aplicação é que a lei rapidamente acaba sendo suplantada por uma série de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade quer superpor o texto legal.¹⁵⁴

Nesse sentido, o modo como a lei passa a ser interpretada pode frustrar os legisladores, sob o grande risco de uma interpretação retrospectiva, segundo a qual se procura interpretar o texto novo de modo que nada inove, aproximando o máximo possível do antigo.¹⁵⁵

Na mesma esteira, superada a questão interpretativa, pode-se argumentar, sob fundado receio, que a aplicação dos precedentes levaria a estabilização de equivocados entendimentos no judiciário. O que é correto, vez que não há garantia de erros. Contudo, ciente de que erros sempre podem se insinuar, é equivocado disso constatar que estejamos, sempre, necessariamente equivocados. Portanto tão certo quanto à existência de erros é a aferição de acertos, aplicáveis, indistintamente a todos os casos.

Além disso, não é a organização de teses e entendimento, que propicia erros e equívocos, mas sim a proliferação e ocultação de entendimentos vários, alheios a experiência dos tribunais, segundo o famoso brocardo “*cada cabeça uma sentença*” que incentiva a arbitrariedade e a ignorância, sendo certo que se o juiz estiver atento apenas às leis, correrá de afastar-se dos critérios de justiça vigentes ¹⁵⁶

¹⁵³ TASSARA, Adrés Ollero. Igualdad en La aplicación de La ley y precedente judicial. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. P.77-78; Citado por: DIAS, S. M. A. **Obra Citada**. p. 285.

¹⁵⁴ DAVID, René. **Obra Citada**. p. 431.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Doze anos da Constituição Brasileira de 1988**. In: **Temas de Direito. Constitucional**. p. 24.

¹⁵⁶ DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**, p.293

3.2.3 INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES

Outra impugnação à utilização dos precedentes sugere que essa prática dirime a independência judicial, suplantando a autonomia dos juízes. Esses argumentos, entretanto, não chegam a obstar a argumentação a favor dos precedentes, a final nada mais irracional que compreender a autonomia dos magistrados com possibilidade de atribuir provimentos díspares a jurisdicionados na mesma situação jurídica.

Além disso, a independência da magistratura é garantia instrumental cujo objetivo se destinada a assegurar a imparcialidade das decisões, não se justificando por si. De modo que, não deve a independência do juiz, fundamentar uma postura arrogante, sobrepondo-se ao próprio judiciário.

Nessa esteira, concernente à imprescindível independência funcional dos magistrados é importante lembrar, com OWEN FISS, que

*há muito reconhecida como uma das características do constitucionalismo americano, a independência do juiz pode tomar várias formas, todas essenciais para um bom julgamento, nenhuma absoluta*¹⁵⁷

É um absurdo, então, pensar que a independência judicial serve para que cada juiz, cada câmara, cada turma, possa julgar não como se fosse uma parcela de um poder jurisdicional, mas singularmente, como um agente dotado de uma soberania judicial, podendo dizer o direito, sem que lhe incomode as contraditórias manifestações do Poder Judiciário, e que a segurança jurídica se manifeste no âmbito da relação judicial, justamente diante do ungido de fazer valer o direito.

Nessa esteira MACCORMICK lembra que

*seria bizarro se um juiz cuja opinião fora rejeitada por um tribunal maior ou superior pudesse, de qualquer forma, mantê-la em seus julgamentos posteriores. Ademais a possibilidade de apelação faria esse exercício de individualidade inútil e meramente dispendiosa para os litigantes*¹⁵⁸

¹⁵⁷ FISS. Owen. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade**, p.153.

Mesmo porque a utilização dos precedentes não mitiga, ao contrário, reforça a atuação dos julgadores, pois a corte superior não é o único artífice na formação dos precedentes, “são Juízes e tribunais que, no exercício de atividade interpretativa, apontam, de início o que é razão de decidir e o que é comentário lateral”¹⁵⁹, descortinando, pois o alcance do precedente.

Assim, juízes e tribunais, em conjunto desempenham importante papel na seara dos precedentes porque reiteram, em cada caso, a responsabilidade e participação na construção de um direito unitário, criando, seguindo, rompendo ou distinguindo o caso da decisão paradigma.

¹⁵⁸ ODAHARA, Bruno Periolo, Um rápido olhar sobre o stare decisis. In: MARINONI. L. G. **A força dos precedentes** p.60.

¹⁵⁹ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de Constitucionalidade e respeito aos precedentes do Supremo tribunal Federal. In: MARINONI. L. G. **A força dos precedentes**. p.160.

4 ASPECTOS TEÓRICOS

Apresentados os argumentos levantados pela doutrina, é preciso levar em conta que a autoridade dos precedentes não resta, ainda, de todo elucidada, de modo que, nesse ponto, a despeito de uma ausente teoria, as variadas construções teóricas trazem importantes argumentos para a compreensão dos precedentes.

4.1 NATUREZA DO PRECEDENTE

Superado o dogma da separação dos poderes e verificada a frequente atuação do judiciário chamado a intervir na uniformização do direito muito se questionou a respeito da real caráter das decisões judiciais.

Nesse âmbito, inicialmente se ponderou que uma decisão é nada menos do que uma regra particular. Porque a força vinculante de uma decisão não se estenderia além dessa instância, de modo que, o direito judicial, supostamente existente, seria impropriamente chamado de direito, porque nenhuma regra judiciária pode assim ser chamada¹⁶⁰.

A experiência, contudo, tratou de demonstrar que o judiciário, atuando ou não, como poder que exara comandos gerais e abstratos, capazes de se estender além da instância particular. A esta impugnação, contudo, várias teorias tentaram dar solução, lhes ocorrendo várias explicações sobre o status dos precedentes.

4.1.1 *TEORIA DECLARATÓRIA*

Inicialmente se afirmou que os precedentes são melhores descritos não como Direito, mas como a evidência de como os juízes interpretaram a o Direito¹⁶¹. Essa concepção trouxe consigo uma noção declaratória dos

¹⁶⁰ DAVID, R.. **Obra Citada**, p 148.

¹⁶¹ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.17.

precedentes, também conhecida por ortodoxa, que defende a preexistência ao Direito.

Essa teoria segue, portanto, a argumentação de que o direito já está consolidado, pronto, desde a sua elaboração legislativa, cabendo a decisão judicial nada mais que uma mera declaração ou prova de sua existência ¹⁶²

Assim, o que “o tribunal diz é, para além da solução dada aquele caso, a revelação do Direito existente”¹⁶³. Em outras palavras, os juízes, em todo o caso, dizem o que o Direito é, mas, sobretudo, o que o direito sempre foi, não criando o direito, apenas o descobrindo.¹⁶⁴

Dessa compreensão se depreende, então, que o juiz ao decidir casos concretos, nada mais faz que explicitar o sistema, mesmo diante de lacunas ou contradições. A final, lacunosa ou contraditória seria a lei, o sistema seria por definição pleno.¹⁶⁵

Nesse aspecto, a teoria entende que a decisão judicial, e os precedentes, apenas declaram o direito com vistas a abarcar uma série de casos típicos que ultrapassam os limites e se libertam das contingências de um processo determinado.

Destarte, a teoria declaratória pode ser explicada sob relevante justificação de que o juiz não se transforma em um legislador, evitando pois que a emanção de regras gerais e abstratas recaia em mãos de um poder que tem também a competência para ditar seus significados.

4.1.2 *TEORIA CONSTITUTIVA*

Em oposição à teoria declaratória desenvolveu-se a teoria constitutiva com a qual se entendeu que as decisões judiciais criam Direito. Segundo essa concepção o precedente judicial, é no verdadeiro sentido uma fonte do direito.

¹⁶² SOUZA, M. A. D. **Obra Citada**, p.42.

¹⁶³ SOUZA, M. A. D. **Idem**, **Ibidem**.

¹⁶⁴ MARINONI. **Precedentes Obrigatórios**, p.24.

¹⁶⁵ SOUZA, M. A. D. **Obra Citada**, p. 48.

Isto é, de acordo com a concepção constitutiva o precedente não se restringe a uma posição de fonte reflexa, perfazendo elemento originário do Direito.

Essa teoria, superpôs-se a teoria declaratória como uma consequência da percepção da real atividade dos juízes¹⁶⁶, se explicando pela simples constatação de que frequentemente a norma só é encontrada nos julgamentos, e muitas decisões judiciais cuidam de questões jamais pensadas fora dos tribunais, consubstanciando, genuínas manifestações do poder inventivo do juiz.

Por conta disso, a teoria constitutiva infirma a teoria declaratória, alegando que a tese declaratória há de ser entendida como uma resistência de juízes e juristas em reconhecerem o fato de que os tribunais, com consentimento do Estado, têm aplicado, na tomada de decisões, normas que não preexistiam e que, em consequência, não podiam ser conhecidas pelas partes quando teve lugar a controvérsia¹⁶⁷

Assim a teoria constitutiva se explica com o relevante mérito de reconhecer que muitos temas de direito somente se explicam pelos contornos jurisprudenciais.

4.1.3 *TEORIA DETERMINATIVA*

Recentemente, no entanto, a recompreensão do Direito pelo Pós Positivismo construiu pontos de intercessão entre as teorias declaratória e constitutiva, ensejando a formação de uma terceira teoria¹⁶⁸, com fundamentação interpretativa, segundo a qual os precedentes têm funções híbridas.

¹⁶⁶ MARINONI, L. G. **Precedentes Obrigatórios**. p.25.

¹⁶⁷ SOUZA, M. A. D, **Obra Citada**, p.44.

¹⁶⁸ TARANTO. C. M. G. **Obra Citada**, p.11.

Por esta compreensão os precedentes simultaneamente revelam e normatizam, consubstanciado, pois, uma fonte de determinação do Direito, em uma situação de complementação entre o precedente e a legislação

Vige desde então uma visão segundo a qual os precedentes, como qualquer decisão, exercem função que se compreende ao mesmo tempo como declaratória e constitutiva. Por isso afirma-se que “muito do Direito Jurisprudencial agora toma a forma de interpretação explicativas”¹⁶⁹, de modo que, segundo CARNELLUTI “a Jurisprudência está exatamente no mesmo plano que a lei, posto que não é outra coisa que a lei interpretada”¹⁷⁰.

Essa alteração que pode ser explicada pela perda da centralidade da lei nos sistemas de direito, sendo gradativamente suplantada, em relevância, pela noção de Norma.

Essa concepção parte da dissociação entre texto e norma, segundo a qual normas não correspondem aos textos de lei, nem tampouco são construídos a partir da interpretação deles, são, segundo AVILA “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”.¹⁷¹

Assim a norma jurídica consiste em um comando abstrato que determina certa orientação acerca de uma conduta. Uma determinação resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir de processos sociais em especial a lei

A norma, portanto é construída a partir dos significados aduzidos da lei, mas também leva em consideração a existência de significados já incorporados na comunidade discursiva¹⁷², podendo por exemplo se pautar nos comandos oriundos da interpretação judiciária.

¹⁶⁹ MARINONI. L. G. **A força dos Precedentes**, p.07.

¹⁷⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Direito Processual Civil e Penal**. V.1, p. 184.

¹⁷¹ AVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**, p. 25

¹⁷² ÁVILA. H. **Idem Ibidem**.

Assim “a função do tribunal não é simples ‘descoberta ‘ do Direito ou “jurisdição” (declaração do direito) neste sentido declaratório”¹⁷³, motivo pelo qual se diz que o precedente, como qualquer decisão, tem função interpretativa.

Norma é, pois, um produto sintetizado a partir da utilização da lei e da experiência judicial, inexistindo uma norma apenas legislada, dado que,¹⁷⁴ em qualquer caso é uma, jamais outra que não a judicada.

Justamente por isso se diz que a decisão e a lei estão no mesmo plano, tanto assim que “em certas ordens jurídicas a jurisprudências é equiparada à lei no sentido de que não existe ou pode não existir, para determinada matérias, outra lei que não seja a lei interpretada”¹⁷⁵

Por isso, segundo CAPPELLETTI tem-se percebido que a diferença entre jurisdição e legislação é quantitativa e não qualitativa, sendo que “do ponto de vista substancial, não é diversa a natureza dos dois processos, legislativo e jurisdicional, ambos constituem processo de criação do direito” ¹⁷⁶.

Assim de acordo com a determinativa o precedente é o meio pelo qual o poder judicante atribui racionalidade a um sistema jurídico, exarando decisões judiciais que ultrapassam o caso concreto, assumindo a forma de normas jurídicas.

Portanto, a utilização dos casos pretéritos em decisões hodiernas representa o ideal de determinabilidade do direito, agindo de modo reflexo na idéia de igualdade, celeridade e segurança jurídica. Além disso, se “um regra é, no fundo, a sua interpretação, aquilo que se diz ser seu significado, não há como negar a jurisprudência a categoria de fonte do Direito”.

¹⁷³ KELSEN, H. **Obra citada**. p. 255.

¹⁷⁴Nesse mesmo sentido WAMBIER explica que “(...) a vinculação do juiz à lei, é na verdade ao entendimento que a doutrina e a jurisprudência têm a respeito da lei, como se estes dois elementos desempenhassem uma função de ‘engrenagem entre a lei e os fatos. A lei somada à jurisprudência e à doutrina é, que dá contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias.” (Cf. WAMBIER, T. A. A. **Obra citada**, p.295.)

¹⁷⁵ CARNELUTTI, M. **Obra citada**, p 184.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI. M. **Juízes Legisladores?** p. 26-27.

Por isso mesmo, a teoria determinativa melhor se ajusta a tradição do Civil Law na qual o espaço ocupado pela jurisprudência somente pode ser explicado por meio da referência à lei e à Constituição, justamente por que em toda atividade jurídica, os operadores do direito, buscam base no texto legal, de modo que a função criadora da jurisprudência se disfarça como interpretação da lei;

Em paralelo se verifica que,

*a exigência de interpretação e aplicação tanto quanto possível, homogênea do ius positum, tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas*¹⁷⁷.

Desse modo os precedentes tem se viabilizado pela inserção de instrumentos de aplicação consignados no direito positivo.

Nessa esteira é importante frisar que essa construção tem o mérito de não afastar o princípio da legalidade, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da existência de uma norma produzida por uma lei. Mesmo porque a extração de uma regra em caso, ainda que conduza o juiz a uma atividade normativa de determinação normativa, não faz dele um legislador.¹⁷⁸

Inclusive, segundo CAPPELLETTI, “a norma inaceitável, judicialmente criada, pode ser corrigida, ou abrogada mediante um ato legislativo (...)”¹⁷⁹, ou

¹⁷⁷ TUCCI, J R C. **Obra Citada**, p. 258.

¹⁷⁸ Nesse mesmo sentido, no tocante ao efeito vinculante, o Ex-Ministro Moreira Alves expressou o seguinte entendimento “O Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não de um ato normativo judicial em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois de órgão consultivo, de outro poder, e sem que atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação dos poderes” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator: Min. Moreira Alves. J. em 27.10.1993.

¹⁷⁹ No tocante ao dilema, Mauro Cappelletti afirma que se trata “de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, ou para ser preciso, alto grau de criatividade, pois, bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa – pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes de tempo e lugar, de cultura de necessidades reais denominada sociedade, circunstâncias, demais a mais de organização e estrutura das instituições e, não por último dos tipos de magistratura que exercem tal atividade” (Cf. CAPPELLETTI, M. **Obra Citada** p.100)

ainda pode o legislador dispor de novo ato legislativo sobre a mesma matéria versada, mas não plenamente dirimida.

Por fim é necessário reconhecer que, grosso modo, o maior dilema na aplicação dos precedentes, é que, não raramente, os precedentes se antecipam à intervenção legislativa, deflagrando uma atividade de caráter não majoritário, e, portanto, antidemocrático¹⁸⁰. Esse ponto todavia, tocante a legitimidade da atuação judicial é merecedor de uma extensiva diligência.

4.2 AUTORIDADE DOS PRECEDENTES

Oferecidas as explicações teóricas acerca da relevante função dos precedentes, cabe verificar como variados pontos de vista tentam explicar a existência dos precedentes. Especialmente no tocante ao seu caráter dentro do ordenamento jurídico já que a disputa se concentra, acima de tudo, na questão de se pelo precedente deve ser acordado o caráter de uma fonte do direito¹⁸¹, seja como origem do direito objetivo, seja como veículo de conhecimento do direito¹⁸², dado que a expressão é figurativa contendo mais de uma significação¹⁸³.

4.2.1 *REALISMO*

Sob o ponto de vista do realismo para o qual direito é um conjunto de comportamentos, e a ciência jurídica é ciência de fatos, a existência e validade dos precedentes é um juízo de fato¹⁸⁴, comprovável, acerca dos comportamentos dos juízes e dos operadores do Direito.

Nesse caso a existência de uma norma é dimensionada pelo comportamento factual das cortes. Sendo a questão do direito um tanto empírica, centrada em determinados fatos, especialmente como os tribunais

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, M. **Obra Citada**, p.92.

¹⁸¹ ALEXY, R. **Obra citada**, p. 258.

¹⁸² LIMONGI. **Obra Citada**, p. 157.

¹⁸³ KELSEN. H., **Obra citada**, p.259.

¹⁸⁴ PALOMBELA. G. **Obra Citada**, p.217.

identificam o direito vigente, como, por exemplo, a correspondente e geral adesão ao precedente.

Motivo este pelo qual Holmes afirmou que “as previsões sobre o que as cortes decidirão de fato, e nada mais pretensioso, são o que eu entendo por direito”¹⁸⁵. Isto é, os realistas exigiam “uma abordagem ‘científica’ que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla”¹⁸⁶

Sob a leitura realista, no entanto, é fácil perceber o crucial papel desempenhado pelas decisões judiciais verificando-se

*que os advogados redigem as suas manifestações e os juízes suas sentenças, invocando, muito mais do que dispositivos legais, precedentes judiciais, prática essa que, não se afasta muito daquela utilizada pelos operadores do direito da Common Law.*¹⁸⁷

Além disso, a conseqüente ampliação e desenvolvimento de repertórios jurisprudências se destinam não aos historiadores ou aos sociólogos, mas sim ao uso dos práticos juristas, o que só se explica se a jurisprudência for no verdadeiro sentido da expressão uma fonte do direito¹⁸⁸. Por isso pode se dizer que “a negação à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo”¹⁸⁹.

Nessa acepção, RENE DAVID, lembra que, a formula segundo a qual a jurisprudência não é uma fonte de direito é inexata, mas exprime uma verdade se a corrigimos, afirmando que a jurisprudência não é uma fonte de regas de direito”¹⁹⁰.

¹⁸⁵ No original “The prophecies of what the courts Will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (C.f. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Path of the Law**. 10 Harvard Law Review. 1987 p.457).

¹⁸⁶ DWORKIN, R. **Obra citada**, p.7.

¹⁸⁷ TUCCI, J. R. C. **Obra Citada**, p. 256.

¹⁸⁸ DAVID, R. **Obra Citada**, p. 148.

¹⁸⁹ CADORE, M. R. L **Obra citada**, p.85.

¹⁹⁰ DAVID, R. **Obra Citada**, p. 151.

4.2.2 *NORMATIVISMO POSITIVISTA*

De outro lado, sob o ponto de vista do normativista, para o qual o direito é um conjunto de normas e a ciência jurídica uma ciência de normas que descreve a validade por meio de juízos descritivo de pertença ao ordenamento¹⁹¹, os precedentes apresentam certa resistência à explicação

Segundo uma leitura do normativismo juspositivista, ou simplesmente do positivismo clássico, só é possível dizer que os precedentes vinculam juízes se houver conseqüências estipuladas para as autoridades que ignorarem a aplicação da regra.¹⁹²

Nesse ponto, todavia, é revelador que, na tradição da Common Law, justamente onde prevalece a aplicação dos precedentes “não há muitos exemplos sobre a obrigação dos juízes em seguir o precedente, simplesmente esta é uma prática seguida com alto grau de uniformidade.

Disso naturalmente resulta a inexistência de imposição de sanções aos juízes que não seguem, ou que tem maior disposição, inovar a ordem jurídica, rompendo com cadeias de precedentes.

Por isso, na Common Law, quando juízes seguem os precedentes o fazem não porque estão sujeitos a sanções, mas simplesmente porque segui-los é considerada entre eles uma prática correta, cujo desvio é visto como algo negativo. Sentido este em que o precedente é muito mais uma política de julgamento do que uma regra.

Essa, situação pode ser descrita por meio da consideração acerca do ponto de vista interno do sistema¹⁹³, que escaparia da necessidade de uma sanção por detrás do juiz para que ele se visse obrigado a respeitar os precedentes.

¹⁹¹ PALOMBELA, G. **Filosofia do Direito**, p. 217.

¹⁹² DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.15.

¹⁹³ DUXBURY, N. **Obra Citada**, p.15.

Assim os precedentes se justificariam “porque são considerado entre eles [os juízes] como uma prática correta, como uma norma, sendo que desviar disso será visto provavelmente de maneira negativa”¹⁹⁴ Assim, conclui-se que

*“o valor da doutrina dos precedentes apóia-se não na sua capacidade de obrigar as autoridades decisórias a uma determinada atitude, mas em sua capacidade de simultaneamente criar limite e permitir certo grau de prudência”*¹⁹⁵

Sob essa ótica, todavia, o sistema de precedentes contido no direito uma prática cujo funcionamento depende da introjeção psicológica nos juristas, quase como uma mentalidade, ou princípio levado a cabo pelos juristas, indicando uma obrigatoriedade apenas porque os juízes se consideram vinculados a eles, ou ao menos propensos a levá-los em consideração

Essas explicações, contudo tem reduzida relevância no nosso sistema, já que aqui, diferentemente de lá, vige certo desprestígio dos precedentes comumente ignorados por juízes, sem que haja muita disposição em considerá-los relevantes ao ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo o papel desempenhado pela lei e pela jurisprudência explica porque nos nossos dias, a tradição do Common Law tem uma teoria das fontes do direito diferente da nossa.¹⁹⁶, influenciando diretamente na existência dos precedentes.

Curiosamente, todavia, essa construção, ao mesmo tempo em que resiste à aplicação dos precedentes, serve em boa medida para a sustentação de vários instrumentos impulsionam de aplicação dos precedente.

Assim do ponto de vista do normativista, para o qual o direito é um conjunto de normas, a aplicação dos precedentes pode ser explicada pelas

¹⁹⁴ MARINONI, L. G. **A força dos Precedentes**, p.60.

¹⁹⁵ DUXBURY, N. **Obra citada**, p.183.

¹⁹⁶ DAVID, R. **Obra Citada**, p. 381.

comandos legais e competências constitucionalmente deferidas aos tribunais superiores, que determinam a utilização de decisões judiciais passadas na resolução de litígios supervenientes.

4.2.3 CONSTRUTIVISMO

Sob o ponto de vista construtivista, para o qual o direito é pensado em termos de coerência de normas nos sistema jurídico constitucional, e não em termos de validade por adequação a uma norma de reconhecimento ou a uma norma fundamental, a idéia de precedentes pode ser explicada pelo ideal político de integridade¹⁹⁷.

Assim, afirma DWORKIN

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e eqüidade¹⁹⁸

Essa visão, proporciona uma ênfase no aspecto “construtivo” do direito, pautado na visão de que “não há um direito positivo em si, mas todo direito “positivo é fruto de uma prática interpretativa¹⁹⁹ e argumentativa que o constitui e o reformula no tempo.”²⁰⁰.

Por conseqüência, a tarefa do jurista consiste em produzir uma exposição global do sistema, de modo que o direito seja reconstruído sob a ótica da coerência. Assim aplicar o direito requer que se interprete o sistema jurídico como expressão de um conjunto coerente de princípios, através do

¹⁹⁷ Note-se que “o direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram”. (Cf. DWORKIN, R. **Império do Direito**, p. 274.)

¹⁹⁸ DWORKIN, R. **Idem**. p. 271-272.

¹⁹⁹ DWORKIN, R. **Idem**, p. 109.

²⁰⁰ PALOMBELA, G. **Obra Citada**, p.332.

ideal político da integridade, afirmando, pois, um compromisso com o princípio da equidade, e a idéia de governo de lei.

Segundo MORRISSON

A prática do direito implica reflexões, reflexividade, elucidação teórica e crítica, a solução de litígios e argumentações, a obtenção de respostas, a “descoberta do direito” e a “discussão dos precedentes judiciais”; em suma, itens de prática interpretativa são apresentados como uma atividade já submetida à reflexão, unificada e autocrítica²⁰¹

Assim quanto mais o interprete considerar o sistema como integridade, mais congruente o Direito será. De modo que os juízes, na qualidade de interpretes de um constitucionalismo devem realizar uma prática que construa o sistema jurídico como expressão de um conjunto coerente de princípios, através do ideal político da integridade.

Por conta disso, pode se dizer que os precedentes obrigam em razão do próprio modo de operatividade do sistema jurídico, correspondente justamente à necessidade de coerência no direito. Nesse sentido DWORKIN define que:

um precedente é um relato de uma decisão política anterior, o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro²⁰²

Por conta disso, chega-se a conclusão que “o veredicto do juiz – suas conclusões pós - interpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique.”²⁰³

Assim, assume-se uma posição de modéstia, segundo a qual o interprete se reconhece historicamente, socialmente e culturalmente vinculados, inclusive no tocante aos precedentes, ciente, então de que todos, incluído as autoridades publicas, são parte de uma história e cultura.²⁰⁴

²⁰¹ MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**, p. 503.

²⁰² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, p.176.

²⁰³ DWORKIN, R. **Imperito do Direito**, p.286.

²⁰⁴ GERHARDT, Michael. J. **The Power of Precedent**, p.203.

5 TENDÊNCIAS ATUAIS

Por fim, é preciso consignar o que é provavelmente a maior tendência no tocante aos precedentes, a atual convergência entre os efeitos vinculantes e persuasivos dos precedentes prolatados pelos tribunais superiores, em especial os do Supremo Tribunal Federal.

Há algum tempo trabalha-se com a concepção de que o próprio *Múnus* do judiciário indicaria uma estreita atribuição de competência aos tribunais superiores para que exerçam a atividade determinativa da lei, já que por dever “*não só tem de responder a questão de fato com também questão de direito* exarando, pois precedentes com autoridade sobre os demais entes do judiciário.

Segundo WAMBIER:

“Na linha de tudo quando até agora se afirmou neste ensaio, ainda que possa ocorrer não ser a interpretação dos tribunais superiores ontologicamente a melhor, não há no direito brasileiro, outro critério, senão este, que corresponde exata e precisamente à função desses tribunais que é a de uniformizar a interpretação da lei federal e da Constituição, garantindo respeito pro parte dos outros órgãos do Poder judiciário aos dispositivos legais de lei federal e da Constituição, nos termos daquilo que eles (os tribunais superiores) consideram correto”²⁰⁵.

Assim por exemplo, desponta no âmbito constitucional “a tendência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de aproximação dos efeitos vinculantes e persuasivos “pautada na exclusividade da última palavra em hermenêutica e guarda da Constituição.” ²⁰⁶.

Afirma-se que a eficácia transcendente, está ligada a natureza da função desempenhada pelos tribunais constitucionais sendo absolutamente necessária a tutela da força normativa da constituição. De modo que, havendo

²⁰⁵ WAMBIER, T. A. A. **Obra Citada**, p.301-392.

²⁰⁶ TARANTO. C. M. G. **Obra Citada**, p.138.

entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, a observância pelas cortes inferiores de justiça e pela administração pública deve ser lógica decorrência do sistema de competências constitucionalmente deferidas, conforme *caput* do art. 102, da Constituição Federal.

Nesse sentido, aliás o então Ministro Francisco Rezek, em voto atinente a constitucionalidade do efeito vinculante, se perguntava:

*faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de casos concretos, cada um com seu perfil, reclamando esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipótese de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões impressivas de rebeldia? A que ser isso. Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?*²⁰⁷

A tendência, pois, é que no tocante a jurisdição constitucional, o precedente judicial obrigatório, com força vinculante, seja considerado ínsito aos pronunciamentos da corte sem demandar especial manifestação, pois,

*não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestáveis e natural coação expansiva, com eficácias imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ*²⁰⁸

Essa posição atualmente se fortalece pela atividade do constituinte derivado que vem gradativamente, conforme visto, endossando a utilização dos precedentes. Talvez por ordem prática, talvez, por considerar a diferença na prestação (resposta) jurisdicional injustificada, deixando ser tolerável quando está a contrariar o sentimento comum de justiça fundada na tutela isonômica dos jurisdicionados²⁰⁹.

²⁰⁷ Voto do Ministro Francisco Rezek. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADC 01-01-DF. Relator: Min. Moreira Alves. J. em 27.10.1993.

²⁰⁸ Recurso Especial n. 921.469, Relator Ministro Albino Zavasck.

²⁰⁹ MANCUSO, R. **Obra Citada**, p. 303.

Nesse mesmo sentido, já se argumenta que a previsão da reclamação constitucional “insinua que o espírito da Constituição, ao menos no que diz com os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, aspira um modelo de submissão aos precedentes”²¹⁰

De modo que assentada determinada controvérsia jurídica, deve ser

*adotada em casos futuros, inclusive mediante a vinculação à decisão jurisprudencial, se for o caso, pois os precedentes viriam ao encargo de “obstar que um tribunal regional ou mesmo uma corte de superposição esbulhe a constitucional competência do Supremo Tribunal federal, ao desafiar orientação já consolidada.”*²¹¹

É por exemplo o que já ocorre com a possibilidade ação rescisórias fundadas em precedente judicial, conforme decisão que superou a súmula 343 do STF pelo Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n.º 328.812, e Recurso Especial n.º 479.909.

Nesse caso inicialmente o verbete 343 fixou que “não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Posteriormente, entretanto, consignou-se no agravo regimental no Recurso Extraordinário que “a aplicação da súmula n.º 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional”²¹².

Essa orientação foi fixada no Recurso Especial n.º 479.909, publicado de 23 de agosto de 2004, com o seguinte entendimento “concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja literal violação e existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele é que justifica nas ações rescisórias a substituição do parâmetro negativo da súmula n.º 343 por um parâmetro positivo segundo o qual há violação à constituição na

²¹⁰ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle de Constitucionalidade o Respeito aos Precedentes no STF. In: MARINONI. L. G. **A força dos precedentes**, p.153.

²¹¹ TARANTO. C. M. G. **Obra Citada**, p.234.

²¹² Agravo Regimental no RESP n.º 328.812, Relator Ministro Gilmar Mendes.

sentença que, me matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF”.

Assim, à reboque das considerações acima expendidas, as manifestações do Supremo Tribunal Federal tem-se firmado como verdadeiros precedentes obrigatórios, sob o argumento de que não há como ver, na guarda da constituição, algo distinto.

Nesse mesmo sentido incorre o julgamento da Ação Cautelar n.º 1.550, de 06 de fevereiro de 2007, caso em que admitiu-se a concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou especial não admitido pelo tribunal de origem no caso de a decisão recorrida contrariar precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa situação se entendeu que em situações especiais, em que estão patentes a plausibilidade jurídica do pedido - decorrente do fato de a decisão recorrida contrariar jurisprudência ou súmula do Supremo Tribunal Federal – e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação a ser consubstanciada pela execução do acórdão recorrido, o tribunal poderá definir a medida cautelar ainda que o recurso extraordinário tenha sido objeto de juízo negativo de admissibilidade perante o Tribunal de origem e o agravo de instrumento contra essa decisão ainda esteja pendente de julgamento.

Com efeito, verifica-se a excepcional alteração dos precedentes emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, que tende a associar a força persuasiva à força vinculante segundo uma teoria que vê a função deste tribunal a de dar a última palavra em hermenêutica constitucional.

6 CONCLUSÃO

A doutrina recentemente tem se conscientizando que as decisões judiciais indiscutivelmente assumem-se como dados fundamentais na realização de uma ordem jurídica. Ainda assim muito se resiste a tratar do papel dos precedentes no atual Direito de modo que, comumente, a “regra jurisprudencial apenas subsiste e é aplicada enquanto os juízes – cada juiz - a consideram como boa” ²¹³.

A doutrina do precedente, todavia tem prestado enorme contribuição ao tema, que é repleto de méritos, e que, embora não disponha da mais sofisticada sustentação teórica, justamente por sua singela função, evita atrocidades várias, cometidas em nome de sistemas mais elevados, que se propõem aos mais dignos objetivos, mas que ignoram a realidade jurídica.

Com efeito, pela aplicação dos precedentes privilegia-se os valores constitucionais da igualdade, da segurança jurídica bem como da efetividade da jurisdição, viabilizada pela função institucional dos tribunais superiores no tocante a uniformização da jurisprudência e guarda da Constituição.

Motivo pelo qual é de se reconhecer que as bases de compatibilidade dos precedentes com o sistema de civil law há muito já se encontram formuladas, inclusive com amparo constitucional.

Deve valer, então, em qualquer caso o reconhecimento de que podemos romper com precedentes específicos, mas não podemos fugir dos precedentes ²¹⁴, razão porque “a adesão ao precedente deve ser a regra e não a exceção”²¹⁵

²¹³ DAVID, R. **Obra Citada**, p. 151.

²¹⁴ GERHARDT, Michael. J. **Obra Citada**, p.203.

²¹⁵ No original “[a]dherence to precedent must be the rule rather than the exception (...)” (Cf. CARDOZO, Benjamin N, **Obra Citada**, p.34)

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo. Landy, 2001.

AVILA. H. Entrevista Concedida à Juspodivm. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/entrevistas/entrevistas_114.html>

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2003.

BACK, H. C. **Black's law dictionary**. 6 ed. St. Paul.: West Publishing, 1990.

BANDEIRA DE MELLO. C. A. **Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade**. 18 ed. São Paulo. Malheiros. 2009.

BARROSO, L. R. **Doze anos da constituição brasileira de 1988**. In: **Temas de Direito**. Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BUZAID, A. **Uniformização de jurisprudência**. AJURIS, Porto Alegre, v. 12, n.34, 1985.

CADORE. M. R. L. **Súmula vinculante e uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO. J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, M. **Aceso a justiça**. Tradução de Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Constitucionalismo Moderno e o Papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.** Revista de Processo, v 15 n.60, p 111, out./dez. 1990.

_____. **Juízes Irresponsáveis.** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. **O processo civil no direito comparado.** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2001.

CARDOZO, B. N. **The nature of the judicial process.** London: The Kickerbocker Press, 1907

CARNELUTTI, F. **Direito Processual Civil e Penal**, V.1. Tradução Júlia Jimenes Amador. Campinas: Péritas, 2001.

CLARO, R. **Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). A força dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

CROCETTI, P. S.; Drummond, P. H. D.. **Formação Histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). A força dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

DABIN, J.. **Teoria Geral do Direito.** In: MORRIS, Clarence (org) Os grandes filósofos do Direito. Tradução de Reinalda Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVID, R. **Os Grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002

DINAMARCO, C. R. **Relativizar a coisa julgada material**. In: Coisa julgada inconstitucional. 2 ed. Rio de Janeiro. América Jurídica, 2003.

_____. **Súmulas vinculantes**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, 1999

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DUXBURY, N. **The nature and authority of precedent**. New York. Cambridge University Press. 2008.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a Sério** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRlich, E. **Fundamentos da sociologia do Direito**. In. MORRIS, Clarence. Org. Os grandes filósofos do Direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo. Martins Fontes.

FISS. O. **Um novo processo civil. estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles; trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

FRANÇA, L. **Hermenêutica jurídica**, 10 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2010

GERHARDT, M. J. **The power of precedent**. New York: Oxford Press, 2008

GROSSI, P. **Primeira Lição Sobre Direito**. Tradutor: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006

HOLMES, O. W. **The path of the Law**. 10 Harvard Law Review. 1987.

KELSEN, H. Teoria Pura. **Teoria pura do direito**, 3ªed. Martins Fontes. São Paulo. 2006.

LLOYD, D. **A idéia da lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACCORMICK, N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Interpreting precedents: A comparative study**. [Louth, Lincolnshire](#) Ashgate Publishing, 1997.

MANCUSO, R. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, L. G. **A força dos precedentes**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2010.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2010.

_____. **Repercussão geral no recurso Extraordinário**, 2ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEDINA, José. Miguel Garcia; WAMBIER., Luiz Rodrigues; WAMBIER Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e sumula vinculante**: Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.º 45/2004. In: WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim et al (Coord.) Reforma do Judiciário. São Paulo: revistas dos Tribunais, 2005,

MONTESQUIEU, B. (Charles-Louis de Secondat). Do espírito das leis. São Paulo. Abril Cultural, 1973

MORRISON, W. **Filosofia do Direito**: dos Gregos ao Pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006

NORTHFLEET. E. G.. **Ainda sobre o efeito vinculante**. Revista de Informação Legislativa, Brasília. V.33, jul./set 1996.

ODAHARA, B. P. **Um rápido olhar sobre o stare decisis** In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord). A força dos precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

PALOMBELA. G. **Filosofia do direito**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo. Martins Fontes, 2005.

POUND, R. **The spirit of the common law**. Boston: Beacon, 1963.

REYNOLDS, W. **Judicial process**. 2 ed. São Paulo: West Group, 1991.

RUSSELL, B. **História do pensamento Ocidental**. Tradução Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003

SILTALA, R. **A Theory of Precedent**. Oxford: Hart Publishing: 2000.

SILVA. O. B. **Processo e ideologia**. Revista de Processo. São Paulo, n. 101, 2005.

SOUZA, M. A.D. **Do precedente á sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK. L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

O efeito vinculante e a busca da efetividade da prestação jurisdicional: Da revisão constitucional de 1993 à reforma do judiciário. In: Agra Walber de Moura (coord) Comentários a reforma do poder judiciário. Rio de janeiro. Forense, 2005.

TARANTO, C. M. G.. **Precedente Judicial:** Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional. Rio de janeiro: Forense, 2010.

TESHEINER, J. M.. **Uniformização Judicial do Direito. Ajuris. Porto Alegre**, v. 8, n.21 mar. 1981.

TUCCI, J.R.C. **O Precedente Judicial Como fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

VIGLIAR, J. M. M.. **Uniformização de Jurisprudência:** segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, T. A. A. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI. T. A.. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.